إيضاح
ترددات الشرائع

للفقيه الجليل

نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي

الجزء الأول

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

إشراف
السيد محمود المرعشي

منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي

مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

(١٩)

إيضاح
تردّدات الشرائع

للفقيه الجليل
نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي
من أعلام القرن الثامن

الجزء الأول

تحقيق
السيّد مهدي الرجائي

اشراف
السيّد محمود المرعشي



كتابخانه عمومى
حضرت آية الله العظمى مرعشى نجفى قم

* الكتاب : ايضاح ترددات الشرائع
* المؤلف : نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي
* تحقيق : السيد مهدى الرجائي
* نشر : مكتبة آية الله المرعشي العامة
* طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام
* تاريخ الطبع : ١٤٠٨ هـ ق
* العدد : ١٠٠٠
* الطبعة : الاولى
* السعر : ١٨٠٠



تمهيد :

لقد اتجه علماء الشيعة اتجاهاً ملحوظاً في جميع الميادين العلمية منذ أقدم عصورهم ، وامتد نشاطهم وحركتهم الفكرية الى كل ماكان هناك من علوم معروفة وشمل نشاطهم الى جانب الفقه وأصوله والكلام وعلوم القرآن واللغة والادب سوى ذلك من العلوم الاخرى ، ونجد هذا النشاط بارزاً على مؤلفاتهم الكثيرة التي تعكس اتجاههم العلمي ونشاطهم الفكري .

والانصاف يحتم علينا ان لاننسى لهم ما قاموا بـه من الادوار الكبيرة في الحركة الثقافية في الاحقاب الاسلامية الماضية ، وما ساهم به اتجاههم هذا الممعن بحثاً ، الذي جاب مناطق الانسان والحياة في بناء الحضارة الاسلامية ، واقامة دعائمها على أسس قويمة منتجة .

انـه لمن المدهش حقاً أن نجد كثيراً من مفكري الشيعة وعلمائهم قد سبقوا عصورهم بأجيال بمعلوماتهم ونظرياتهم وآثارهم ،وتركوا حقائق علمية مثيرة .

ومن مجاهيل علماء الشيعة الذين برزوا في هذه الميادين العلمية والثقافية هو الشيخ الفقيه المحقق الاصولي المتكلم المولى نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي

الذي كان من أجلة عصره في الفقه والاصول والكلام، أسكنه‌الله بحبوحات جناته.

حياة المؤلف :

مع الاسف لم أعثر على ذكر وترجمة للمؤلف في كتب الاصحاب ، لافي كتب تراجمهم، ولافي كتبهم الفقهية والاصولية والكلامية، وأصبح ذكره وترجمته خامداً ، ولم يكشف التاريخ الغطاء عن ترجمته ، وبقي مخمول الذكر كأمثاله من الاعلام المجهولين في كل الاعصار والاجيال .

مع أنك سترى اقبال الاعلام وأفاضل عصره وممن تأخر عنه على كتابه هذا حتى استنسخ الكتاب في مدة سنتين مرتين على ما وصل الينا ، واستنسخه أيضاً المحقق العلامة الشيخ أحمد بن فهد الحلي المتوفى سنة (٨٤١)ه بخطه الشريف كما يظهر من مقابلة احدى النسختين الموجودة عندي مع خطه الشريف ، وهذا مما يكشف عن جلالة المؤلف وكتابه في تلك الاجيال والعصور .

والظاهر أن الشهيد الثاني ينقل عن كتابه هذا ، كما يظهر من الذريعة .

اساتذته :

من المشهود في كتابه الايضاح أن المترجم له كان من أبرز تلامذة العلامة الحلي المتوفى سنة(٧٢٦) ه .

وأنه ألف كتابه هذا في زمن حياة العلامة ، حيث أنه يعبر عنه فيه بقوله «قال شيخنا دامت فضائله »وقوله «شيخنا دام ظله في المختلف» .

وأنه قرأ عليه كتاب الشرائع للمحقق الحلي المتوفى سنة(٦٧٦) ه كما يدل عليه كلامه في توجيه عبارة الشرائع حيث قال : أقول الذي سمعت من شيخنا وقت القراءة عليه أن المراد بالوجه الاخر هنا عدم صحة الخ .

وأنه كان ممن صاحبه كثيراً واعتنى باستاده كل العناية ، كما يدل عليه قوله

«ولقد سمعت شيخنا كثيراً مايقول : قد يشير المصنف – أي : المحقق ـ تارة الى خلاف الجمهور وتارة الى مايختاره الخ . ونقل في موارد قليلة جداً عن كتابه المختلف والمنتهى والقواعد .

هذا وقد عبر في موضع أوموضعين عن المحقق نجم الدين صاحب الشرائع والنكت بقوله « ذكره شيخنا نجم الدين في النكت » وهذا ممايتوهم في بادىء النظر أنه كان من أساتذتـه ، ولكن يبعد ذلك امور : منها تعبيره أيضاً عن الشيخ المفيد والشيخ الطوسي قـدس الله أسرارهما بقوله « شيخنا المفيد » و « شيخنا الطوسي » وهذا مما يوهن ذلك .

ومنها مناقشاته الكثيرة مع المحقق الابي صاحب كتاب كشف الرموز حيث أنه كان من تلامذة المحقق ، وقـد صرح في مواضع مـن الكتاب أنه قرأ على المحقق كتاب الشرائع وأنه أعرف بكلام استاده ، وهذا مما يوهن أنه ماتلمذ عند المحقق ، والا ماكان يحيل الى صاحب كشف الرموز .

ومنها عدم تصريحه على أنه تلمذ عنده أو مايدل على ذلك ، والله أعلم .

تآليفه القيمة :

١ ـ ايضاح ترددات الشرائع ، سيأتي البحث حوله .

٢ـ مناهج الوصول، ان المؤلف حيث تعرض في كتابه هذا للمسائل الاصولية ذكر أنه حققه في كتب الاصولية، أو أصول الفقه وغيرهما من التعبيرات الدالةعلى ذلك الى أن صرح في موضع واحد من الكتاب في مبحث انعقاد الاحرام للمتمتع والمفرد بـالتلبية ، تعرض لمبحث الاستثناء ، ثم قال : وقـد بينا ضعفه في كتاب مناهج الوصول . وهذا الكتاب أيضاً مـن الكتب المجهولة التي لـم يتعرض له الاصحاب حسب استقرائي .

٣ ـ كتاب في علم الكلام ، وقد أشار اليه في الكتاب ، حيث يتعرض للمسائل الكلامية ويحيل اليه ، ولكن ماصرح باسم الكتاب في أي موضع من الكتاب .

حول الكتاب :

هذا الكتاب هو شرح على ترددات الشرائع ، حيث أنه قدس سره كشف الغطاء والابهام عن الترددات الموجودة في الشرائع المصرحة بقوله « فيه تردد » أو « على الاشبه » أو « على الاصح » وغيرها من الموارد التي تردد فيها صاحب الشرائع ، فالمؤلف بين وجه التردد وأدلة الطرفين واختار الوجه الصحيح عنده وهذا أول أثر يخرج الى عالم النور في شرح ترددات الشرائع .

ومن الجدير بالذكر أدبه البليغ بالنسبة الى الاقطاب الثلاث : السيد المرتضى والشيخ المفيد والشيخ الطوسي قدس الله أسرارهم ، حيث أنه يعبر عنهم بتعابير لم أر مثلها في كتب الاصحاب ، كقوله عنهم « كرم الله محله » وغيره من التعبيرات المشهودة في الكتاب .

ويتعرض كثيراً لآراء الشيخ المحقق ابن ادريس صاحب كتاب السرائر ويعبر عنه في الكتاب بقوله « المتأخر » ولكن خالف مسلكه في العمل بخبر الواحد وذهب الى حجيته، ومع هذا يطرح أخبار الفطحية والواقفية وأمثالهما وان كانوا ثقاة.

ويتعرض كثيراً لكلام الشيخ الطوسي قدس الله سره في كتبه الممتعة وكذا لكلام السيد المرتضى كرم الله محله وكذا عن المحقق أبي الصلاح الحلبي وسلار وغيرهم ممن تقدمه .

ويتعرض أحياناً لكلام المحقق الابي في كتابه كشف الرموز ويناقش فيه ، كما لا يخفى على المراجع ، وصرح بأن له حاشية على الشرائع .

وينقل عن كتب كان عنده حين تأليف الكتاب، منها المسائل الكمالية للمحقق الحلي ، ومنها المسائل الحائريات للشيخ الطوسي ، ومنها كتاب الواسطة وكتاب الرائع للراوندي وغيرها .

ولادته ووفاته :

لم أعثر في الكتاب على تاريخ يدل على ولادته ووفاته فيه، ولكن من المسلم أنه كان من أعلام القرن الثامن الهجري .

ولعل الله يقيظ رجالا لاحياء ذكره وترجمته انشاء الله تعالى .

فى طريق التحقيق :

قابلت الكتاب واستنسخته من نسختين نفيستين وهما :

١ ـ نسخة مخطوطة كاملة من أولها الى آخرها غير الورقة الاولى ، بخط النسخ الحلي ، وهي تقع في (٣٥٠) صحيفة ، كل صفحة (٢٥) سطراً ، كاتبها علي ابن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر ، استنسخها عن نسخة المؤلف بخطه تاريخ كتابتها سنة (٧٥٤ هـ) ترى نماذج النسخة في نهاية المقدمة ، والنسخة محفوظة في مكتبة آية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي النجفي دام ظله الوارف برقم « ٥١٧٧ » وجعلت رمز النسخة «م» .

٢ ـ نسخة كاملة من أولها الى آخرها غير الورقة الاولى أيضاً ، بخط النسخ الحلي أيضاً، وهي تقع في (٢٨٢) صحيفة ، كل صفحة (٢٢) سطراً، وعلى هوامش النسخة علامة المقابلة والتصحيح، وقوبل النسخة أيضاً على نسخة المحقق المولى الشيخ أحمد بن فهد الحلي التي استنسخها بخطه الشريف ، كما أشار في مواضع في هوامش النسخة وأشرت الى ذلك في تعاليقي على الكتاب ، تاريخ كتابتها سنة (٧٥٦) ، والنسخة محفوظة في مكتبة مجلس الشورى برقم «٥٥٠٨» وجعلت رمز النسخة «س» .

وقد بذلت الوسع والطاقة في استنساخ الكتاب ، حيث أن النسختين كانتا بالخط الحلي ، وهو من أصعب الخطوط المتداولة قراءة ، كما لا يخفى على أربابها

وحققت الكتاب حق التحقيق والتصحيح ، وعرضه على الاصول المنقولة عنها ، أو المصادر المأخوذة منها .

وأرجو من العلماء الافاضل والاعزاء الكرام الذين يراجعون الكتاب أن يتفضلوا علينا بما لديهم من الاطلاع على ترجمة المؤلف وسائر تأليفاته ، حتى نستدركها في الطبعة القادمة . وأيضاً يمنوا علينا بما لديهم من النقد وتصحيح مالعلنا وقعنا فيه من الاخطاء والاشتباهات والزلات .

وبالختام اني اقدم ثنائي العاطر لادارة المكتبة العامة التي أسسها سماحة المرجع الديني آية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي النجفي دام ظله الوارف ، على اهتمامها في احياء آثار أسلافنا المتقدمين ، وأسأل الله تعالى أن يديم ظل سماحته المديد لرعاية هذه الحركة المباركة . وأطلب اليه جل وعز أن يزيد في توفيق ولده البار الرؤوف العلامة السيد محمود المرعشي حفظه‌الله ، فانه خير ناصر ومعين .

والحمد لله الذي هدانا لهذا ، وماكنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، ونستغفره مماوقع من خلل وحصل من زلل، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا والخيانة بالامانات ، وتضييع حقوق المؤمنين ، وزلات أقدامنا ، وعثرات أقلامنا فهو الهادي الى الرشاد ، والموفق للصواب والسداد ، والسلام على من اتبع الهدى .

١٣ / رجب المرجب / ١٤٠٨ قم المشرفة — السيد مهدى الرجائى

ص ـ ب ٧٥٣ ـ ٣٧١٨٥

الصفحة الاولى من الجزء الاول من نسخة «م»

الصفحة الاخيرة من الجزء الاول من نسخة «م»

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وأعن

[illegible] كتاب النكاح

[illegible]

الصفحة الاولى دن الجزء الثاني من نسخة «م»

الصفحة الاخيرة من الجزء الثاني من نسخة «م»

الصفحة الاولى من الجزء الاولى من نسخة «س»

الصفحة الاخيرة من الجزء الاول من نسخة «س»

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الصفحة الاولى من الجزء الثاني من نسخة «س»

الصفحة الاخيرة من الجزء الثاني من نسخة «س»

ايضاح ترددات الشرائع



اللهم اني أحمدك حمداً يقل فى انتشاره حمد كل حامد ، ويضمحل باشتهاره جحد كل جاحد ، ويفل بغراره حسد كل حاسد ، ويحل باعتباره عقد كل كائد . وأشهد أن لا اله الا الله ، شهادة أعتد بها لدفع الشدائـد ، واسترد بها شارد النعم الاوابد ، واصلي على سيدنا محمد ، الهادي الى أمتن العقائد وأحسن القواعد ، الداعي الى أنجح المقاصد وأرجح الفوائد ، وعلى آله الغر الاماجد ، المقدمين على الاقارب والاباعد ، المؤيدين فى المصادر والموارد ، صلاة تسمع كل غائب وشاهد ، وتقمع كل شيطان مارد[1] .

---

(١) هذه الخطبة انتخبتها من كتاب الشرائع .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الطهارة)

قال رحمه الله : وأما المحقون ، فما كان منه دون الكر ، فانه ينجس بملاقاة النجاسة ، ويطهر بالقاء كر عليه فما زاد دفعة ، ولايطهر باتمامه كراً ، على الاظهر.

أقول : ذهب السيد[1] المرتضى الى أنه يطهر بالاتمام ، وتبعه ابن البراج وسلار والمتأخر ، والحق أنه لايطهر ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[2] وأبي علي ابن الجنيد .

لنا ـ أن الطهارة حكم شرعي ، فتقف على الدليل الشرعي . وحيث لادلالة فلا حكم .

واحتجاج السيد بأن النجاسة الواقعة بعدالبلوغ غير مؤثرة، فكذا قبله لوجود الكرية الدافعة للنجاسة في الصورتين ، ضعيف ، أما أولا فانه قياس ، وهو باطل عندنا . وأما ثانياً فلوجود الفارق ، اذ البالغ كراً ذو قوة دافعة ، بخلاف الباقي اذ هو قابل للانفعال ، واذ انفعل لم يبق له قوة دافعة .

---

(١) من هنا يبدء من نسخة «م» .

(٢) الخلاف ١/١٩٤ . مسألة ١٤٩ .

قال رحمه الله: وأما البئر ، فانه ينجس بالتغير بالنجاسة اجماعاً ، وهل ينجس بالملاقاة ؟ فيه تردد ، والاظهر التنجيس .

أقول : وجه التردد تعارض أدلة الفريقين ، أعني القائلين بالطهارة والقائلين بالتنجيس ، ولنذكر أقوى مايمسك به كل من الفريقين ليتضح المقصود .

أما القائلون بالنجاسة ، وهم الشيخ في أحد قوليه ، والشيخ المفيد قدس روحه ، وسلار ، وابن ادريس حيث ادعى الاجماع على ذلك ، فقد احتجوا بروايات :

منها : رواية محمد بن اسماعيل الصحيحة قال : كتبت الى رجل أسأله أن يسأل أبا الحسن الرضا عليه‌السلام في البئر التي تكون في المنزل ، فيقطر فيها قطرات من بول أو دم ، أو سقط فيها شيء من العذرة كالبعرة أو غيرها ، ماالذي يطهرها حتى يحل الوضوء منها للصلاة ؟ فوقع عليه‌السلام في كتابه بخطه : ينزح منها دلاء[١] .

وفي معناها رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن موسى عليه‌السلام[٢] .

وأما القائلون بالطهارة ، فقد احتجوا بامور :

الاول : اصالة الطهارة ، وهي دليل قاطع ، فليعمل بها الى حين ظهور المزيل علماً أو ظاهراً ولبس .

الثاني : الاستصحاب ، وتقريره : ان الماء طاهر قبل ورود النجاسة ، فكذا بعده .

الثالث : الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم‌السلام واذا تعارض الدليلان تساقطا ، ووجب الرجوع الى مقتضى الاصل ، وهو الطهارة ، والاصل يخرج عنه للدليل وقد بيناه ، وكذا الاستصحاب .

---

(١) فروع الكافي ٣/٥ ، ح١ .

(٢) تهذيب الاحكام ١/٢٣٧ ، ح١٧ .

والروايات الدالة على التنجيس أكثر ، فتكون أرجح ، فيتعين العمل بها ، لوجوب العمل بالراجح واطراح المرجوح .

قال رحمه الله : اختلاف أجناس النجاسة موجب لتضاعف النزح ، وفي تضاعفه مع التماثل تردد ، أحوطه التضعيف .

أقول : وجه التضاعف أن وقوع كل واحد منفرداً موجب للنزح اجماعاً ، فيجب التضاعف مع الكثرة والا لزم اجتماع العلل المستقلة على المعلول الواحد بالشخص ، وهو محال على مابين في علم المعقول .

ووجه العدم: ان النجاسة أمر واحد لاتقبل الشدةوالضعف ، وبالاول حصلت فلا تيقن حينئذ لايجاب التضاعف ، اذ الثاني لم يؤثر نجاسة زائدة . وانما كان الاول أحوط ، لان مع اعتماده تحصل الطهارة قطعاً ، بخلاف الثاني .

قال رحمه الله : المستعمل في الوضوء طاهر مطهر ، وماستعمل في [رفع] الحدث الاكبر طاهر ، وهل يرفع [به] الحدث ؟ فيه تردد ، والاحوط المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه ماء مطلق طاهر ، فيصح رفع الحدث . أما الصغرى فاجماعية ، وأما الكبرى فلعمومات الايات والاخبار الدالة على جواز التطهير بالماء ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن المأخوذ على المكلف انما هو التطهير بالماء المتيقن طهارته وتطهيره ، وهو غير موجود هنا ، لوقوع الخلاف في كون هذا الماء مطهراً ، ومع حصول الخلاف يرتفع اليقين ، لجواز كون الحق في أحد الطرفين وهو اختيار الشيخين وابن بابوية .

ويؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] الدالة على المنع من

(١) تهذيب الاحكام ١/٢٢١ ، ح١٣ .

الوضوء من المستعمل في[1] غسل الجنابة .

قال رحمه الله : والاسار كلها طاهرة ، عدا سور الكلب والخنزير والكافر ، وفي سؤر المسوخ تردد ، والطهارة أظهر .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة الطهارة ، ترك العمل بها في تنجيس سور الثلاثة بالاجماع ، ولكونهم أنجاساً ، فبقي معمولا بها فيما عداها ، وهو اختيار المتأخر .

ويؤيده رواية أبي العباس الفضل قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن فضل الشاة والهرة والبقرة والابل والحمار ، فلم أترك شيئاً الا سألت عنه ، فقال : لابأس به حتى انتهيت الى الكلب والخنزير ، فقال : رجس نجس لاتتوضأ بفضله واصبب ذلك الماء، واغسله بالتراب أول مرة ثم بالماء[2]. وفي معناها رواية ابن شريح[3].

والالتفات الى أن المسوخ نجسة ، فتنجس الماء بشربها منه ، وهو اختيار الشيخ في أكثر أقواله ، والصغرى ممنوعة .

قال رحمه الله : من كان على [بعض] أعضاء طهارته جبائر ـ الى قوله : وإذا زال العذر استأنف الطهارة ، على تردد فيه .

أقول : منشؤه: النظر الى أن الطهارة الاولى رافعة للحدث اجماعاً، فلامعنى لوجوب الثانية ، الا عند انتقاض الاولى ، وهو غير موجود هنـا ، لان موجبات الوضوء محصورة معدودة ، وليس هنا شيء منها موجود .

والالتفات الى أن هذه الطهارة طهارة ضرورية ، فتزول بزوالها عملابالعلية

(١) من هنا يبدء من نسخة «س» .

(٢) تهذيب الاحكام ١/٢٢٥ ، ح٢٩ .

(٣) تهذيب الاحكام ١/٢٢٥ ، ح٣٠ .

وهو اختيار الشيخ رحمه الله فى المبسوط[١].

ويضعف بأن الضرورة علة الابتداء لا الدوام ، والآ لـزم تأثير المعدوم فـي الموجود .

قال رحمه الله فى فصل الجنابـة : فان جامـع فى الدبر ولم ينزل ، وجب الغسل على الاصح .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله فى النهاية[٢] والاستبصار[٣] الى عدم الوجوب تمسكاً بالاصالة ، واستناداً الى رواية علي بن الحكم رفعه الى أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا أتى الرجل المرأة في دبرها وهي صائمة ، لم تنتقض صومها وليس عليها غسل[٤] .

والحق الوجوب ، وهـو اختيار أكثر الاصحاب ، لعموم قوله تعالـى : « أو لامستم النساء »[٥] .

قال رحمه الله فى فصل الحيض : ذات العادة تترك الصلاة والصوم برؤيـة الدم اجماعـاً ، وفي المبتدأة تردد ، والاظهر أنها تحتاط للعبادة حتى تمضي لها ثلاثة أيام .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة وجوب الصلاة والصوم على المكلف ، ترك العمل بها فى الصورة الاولى البس[٦] الحيض اذا تأخرت العادة به بالمتيقن

---

(١) المبسوط ١ / ٢٣ .

(٢) النهاية ص١٩ .

(٣) الاستبصار ١ / ١١٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤ / ٣١٩ - ٣٢٠ ، ح٤٠٥ .

(٥) سورة النساء : ٤٣ ، والمائدة : ٦ .

(٦) الكلمة لم تقرأ فى النسختين .

فيبقى معمولا بها فيما عداها ، وهو اختيار علم الهدى في المصباح[١] وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن هذه العبادة يحتمل أن يكون ايقاعها حراماً ، ويحتمل أن يكون حلالا ، فيغلب جانب التحريم .

أما المقدمة الاولى ، فلان هذا الدم الذي قد رأته المبتدأة يحتمل أن يكون حيضاً ، فيكون ايقاع العبادة فيه حينئذ محرمة . ويحتمل أن لايكون كذلك فيكون ايقاعها مباحاً بل واجباً . والاحتمالان متساويان ، بل الاحتمال الاول آكد من الاحتمال الثاني .

وأما الثانية فلقوله عليه السلام : مااجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال[٢] وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واختاره شيخنا في منتهى المطلب[٣] والمختلف . محتجاً برواية معاوية بن عمار الصحيحة قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : ان دم الحيض والاستحاضة ليس يخرجان من مكان واحد ، وأن دم الاستحاضة بارد ، وأن دم الحيض حار[٤] .

وجه الاستدلال انه عليه السلام وصف دم الحيض بما ذكره ليحكم به حيضاً ، وقد بينا تحريم الصوم والصلاة على الحائض . وغير ذلك من الروايات . والقول الاول عندي أجود .

والبحث في المضطربة كالبحث في المبتدأة ، وقد سبق .

قال رحمه الله في فصل الاموات : وفي وضوء الميت تردد ، والاشبه أنه

---

(١) المصباح للشريف المرتضى ـ مخطوط .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٧ / ١٦٩ ، وعوالي اللئالي ٣ / ٤٦٦ ، برقم : ١٧ .

(٣) منتهى المطلب ١ / ١٠٩ .

(٤) فروع الكافي ٣ / ٩١ ، ح ٢ .

لايجب .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوضوء حكم شرعي ، فيكون وجوبه على الخطاب الشرعي وليس ، ويؤيده رواية السكوني ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : غسل الميت مثل غسل الجنب[١] .

وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، حتى أنه قال فيه : قد روي أنه يوضأ الميت قبل غسله[٢] . فمن عمل بها[٣] كان جائزاً ، أعني ان عمل الطائفة على ترك العمل بذلك[٤] لان غسل الميت كغسل الجنابة .

قال ابن ادريس : واذا كان قال حينئذ في المبسوط ان عمل الطائفة على ترك العمل بذلك لم يجز العمل بالرواية ، لان العامل بها يكون مخالفاً للطائفة .

والالتفات الى قول الصادق عليه السلام : في كل غسل وضوء الا غسل الجنابة[٥] . وهو اختيار أبي الصلاح .

فرعان :

اذا قلنا بوجوب الوضوء أو استحبابه ، فلابد من تقديمه على الغسل .

ولاتستحب المضمضة والاستنشاق هنا . وظاهر كلام الشيخ في الخلاف[٦] يؤذن بالتحريم . والحق التفصيل ، فان اعتقد بمضمضته[٧] أنها مستحبة مشروعة

---

(١) تهذيب الاحكام ١/٤٤٧ ، ح٩٢ والاستبصار ١/٢٠٨ ، ح٧ .

(٢) المبسوط ١/١٧٨ .

(٣) في «س» : به ، وفي هامشها : بها .

(٤) في هامش «س» : غير أن عمل الطائفة بذلك ـ خل .

(٥) تهذيب الاحكام ١/١٤٣ ، ح٩٤ .

(٦) الخلاف ١/٦٩٣ ، مسألة ٤٧٢ .

(٧) في «س» : المضمضة .

كان ذلك حراماً ، وان لم يعتقد ذلك كانت مباحة .

قال رحمه الله: ولو عدم الكافور والسدر غسل بالماء [القراح] وقيل: لاتسقط الغسلة بفوات مايطرح فيها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المأمور به انما هو الغسل بالماء مع السدر والكافور ، وهو مفقود هنا ، فيسقط الامر بالغسلتين الاولتين ، لعدم امكان الاتيان بهما ، ولاستحالة تكليف مالايطاق .

والالتفات الى أن الامر بالغسل بالسدر والكافور أمر بماهية مركبة من السدر والماء والكافور، والامر بالماهية أمر بكل واحد من أجزائها ،فيكون الغسل بالماء مأموراً به ، فيجب الاتيان به عملا بالامر ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله .

ويضعف بجواز التلازم والامر به ، ولايلزم الدور لانه دور معية[1] .

قال رحمه الله في باب التيمم : ولايصح [التيمم] قبل دخول الوقت ويصح مع تضيقه ، وهل يصح مع سعته ؟ فيه تردد ، والاظهر[2] المنع .

أقول: منشؤه : النظر الى أن التيمم بدل من الطهارة المائية اجماعاً ، والبدل انما يسوغ[3] فعله عند تعذر المبدل ، ولم يتحقق التعذر الا مع تضيق الوقت ، لانه مادام الوقت متسعاً يجوز أن يحصل الماء ، وهو اختيار الشيخ والمرتضى وأتباعهما والمتأخر، وظاهر كلام شيخنا المفيد قدس الله روحه ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والالتفات الى قوله تعالى « فلم تجدوا ماءاً فتيمموا صعيداً طيباً »[4] فسوغ

---

(١) في «س» : معينة .

(٢) في الشرائع المطبوع : والاحوط .

(٣) في هامش «س» : سوغ - خ ل .

(٤) سورة النساء : ٤٣ .

تعالى التيمم عند عدم وجود الماء ، وهو حال السعة غير واجد الماء ، فيسوغ له التيمم عملا بالشرط ، وهو اختيار الشيخ أبي جعفر بن بابوية . وقال ابن الجنيد ان كان التيمم لعذر يرجى زواله قبل خروج[١] الوقت وجب التأخير ، والا فلا . وماقاله رحمه الله حسن ، اذ فيه جمع بين القولين .

فرع :

لو تيمم فى آخر الوقت وصلى ، ثم دخل وقت الصلاة الاخرى ، جاز له الدخول فى تلك الصلاة بذلك التيمم فى أول وقتها، حكاه صاحب كشف الرموز[٢] عن المصنف ، وهومذهب الشيخ ، وفيه نظر[٣] لوجود العلة المقتضية للتأخير هنا .

قال رحمه الله : اذا اجتمع ميت ومحدث وجنب ، ومعهم من الماء مايكفي أحدهم ، فان كان ملكاً لاحدهم اختص به ، وان كان ملكاً لجميعهم أولا مالك له أو مع مالك يسمح ببذله ، فالافضل تخصيص الجنب بـه . وقيل : بل يختص الميت به ، وفي ذلك تردد .

أقول : منشؤه : النظر الـى أن المحدث والجنب والميت قد تساووا فى وجوب الاستعمال[٤] فيكون لهم التخيير فـى تخصيص مـن شاؤوا ، وهو خيرة الشيخ فى الخلاف[٥] والمبسوط[٦] .

---

(١) فى هامش «س» : آخر ـ خل .
(٢) كشف الرموز للابى ـ مخطوط .
(٣) فى «س» : لطف .
(٤) فى «م» : استعمال الماء .
(٥) الخلاف ١/١٦٦ ، مسألة ١١٨ .
(٦) المبسوط ١/٣٤ .

والالتفات الى أن الرواية الصحيحة[١] دالة على تخصيص الجنب ،وهو اختيار الشيخ في النهاية[٢] . وبتخصيص الميت رواية مقطوعة مرسلة[٣] .

وقال ابن ادريس : ان كان ملكاً لاحدهم اختص به ، وان كان مباحاً فلمن حازه فان تعين عليهما تغسيل الميت ولم يتعين أداء الصلاة ، فعليهما أن يغسلاه بالماء الموجود . فان خافا فوت الصلاة استعملاه وغسلا به الميت . وهذا انما يتأتى على أصله من جواز رفع الحدث ثانياً بالماء المستعمل في رفع الحدث أولا .

قال المصنف في المعتبر : البحث هنا في الاولوية ، والتخيير غير سائغ فيه[٤] .

قال رحمه الله في باب النجاسات : وفي رجيع مالانفس له وبوله تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى العمومات الدالة على نجاسة مالايؤكل لحمه من غير فرق بين ماله نفس سائلة ، أي : دم سائل ، وبين ماليس كذلك .

والالتفات الى أن الاصل الطهارة ، فيحكم بها الى حين ظهور الدليل الدال على التنجيس قطعاً وليس ،ولان[٥] رجيع مالانفس له سائلة يجري مجرى عصارة الثياب ، فلا يكون نجساً .

قال رحمه الله : وفي مني مالانفس له سائلة تردد ، والطهارة أشبه .

أقول : منشؤه : من التمسك بالعموم .

---

(١) من لايحضره الفقيه ١٠٨/١ ، برقم : ٢٢٣ . وهي صحيحة عبد الرحمن بن أبي نجران .

(٢) النهاية ص٥٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١١٠/١ ، ح٢٠ .

(٤) المعتبر ٤٠٦/١ .

(٥) في هامش «س» : وان .

والالتفات الى الاصل ، فيحكم به الى حين وجود النجاسة ، وهذان الترددان ضعيفان جداً .

قال رحمه الله : وفي الثعلب والارنب والفأرة والوزغة تردد ، والطهارة أظهر .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالطهارة ، ولانها لو كانت نجسة لحرم استعمال سؤرها ، والثاني باطل لما ذكرناه في مسألة الاسئار فالمقدم مثله .

وبيان الشرطية أن المقتضى لنجاسة السؤر انما هو لنجاسة الشارب ، وهو موجود هنا على تقدير النجاسة ، وهو اختيار شيخنا دام ظله[1] .

والالتفات الى الروايات الدالة على التنجيس ، وتحمل على الاستحباب جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله في باب الاواني : وفي جواز اتخاذ آنية الذهب والفضة لغير الاستعمال تردد ، والاظهر المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن اضاعة المال ، وهذا اضاعة مال فيكون منهياً عنه ، والنهي يقتضي التحريم ظاهراً ، لما بيناه في كتب الاصول ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[2] .

والالتفات الى الاصل الدال على الجواز ترك العمل به في صورة الاستعمال لورود النهي عليه عيناً ، فيبقى معمولا بـه فيما عداه ، وهـو اختيار شيخنا ، ولعله الاقرب ، ونمنع كون الاتخاذ اضاعة المال .

---

(١) في «س» : رحمه الله ، وفي هامشها : دام ظله .

(٢) المبسوط ١٣/١ .

فرع :

هـل التحريم مقصور على استعمال أواني الذهب والفضة واتخاذهـا على الخلاف ، أو أواني[١] ماتتخذ منها كالملاعق وغيرها مما يستعمل ؟ الاقرب الثاني للمشاركة في العلة ، وهي تضييع المال .

(١) في هامش «س» : الى جميع - خ ل .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الصلاة)

قال رحمه الله : ولايجوز لبس الحرير المحض للرجال ، ولا الصلاة فيه الا في الحرب ، وعند الضرورة كالبرد المانع من نزعه ، ويجوز للنساء مطلقاً ، وفيما لايتم الصلاة فيه منفرداً كالتكة والقلنسوة تردد ، والاظهر الكراهية .

أقول : ينشأ : من النظر[1] الى أصل الجواز ، ترك العمل بـه في الصورة الاولى ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولا به فيما عداها ، ولان هذه الاشياء لاحظ لها في الاجزاء ، فلا يكون لها تأثير في ابطال الصلاة ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله وأبي الصلاح ، وتبعهما المتأخر .

والالتفات الى عموم الادلة الدالة على النهي عن لبس الحرير ، ولان المقتضى للمنع في الثوب ، وهو كون الابريسم يحصل بلبسه التخيل موجود هنا ، فيثبت المنع عملا بالمقتضى ، وهو ظاهر كلام شيخنا المفيد وابن بابوية وابن الجنيد ، وقد صرح به أبوجعفر بن بابوية .

قال رحمه الله : ولاتجوز الصلاة للمرأة الا في ثوبين درع وخمار ، ساترة

---

(١) في «س» : منشأ النظر .

جميع جسدها ، عدا الوجه والكفين وظاهر القدمين ، على تردد في القدمين .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة عدم الوجوب ، ترك العمل بها في وجوب ستر ،اعدا هذه الثلاثة ، فيبقى الباقي على أصله ،وهواختيارالشيخ في المبسوط[١] وأتبعه المتأخر ، ولانهن لو منعن من كشف أقدامهن لنقل ذلك ولو نقل لاشتهر لان ذلك مما يتوفر الدواعي على نقله .

والالتفات الى أن المرأة جميعها عورة ، فيجب عليها ستر القدمين ، وفي ظاهر كلام الشيخ في الاقتصاد[٢]، وظاهر كلام أبي الصلاح .

وأعلم أنه لاخلاف في كشف الوجه وأما الكفان ، فظاهر اطلاق كلام الشيخ في الاقتصاد[٣] وأبي الصلاح يقتضي وجوب سترهما .

قال رحمه الله : ولو صلى منفرداً ولم يؤذن ساهياً رجع الى الاذان، مستقبلا صلاته مالم يركع ، وفيه رواية أخرى .

أقول : أشار الى مارواه زرارة عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال قلت له : رجل ينسى الاذان والاقامة حتى يكبر ، قال :يمضي على صلاته ولايعيد [٤] وفي معناها رواية أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام[٥].

وبمضمونها أفتى الشيخ رحمه الله في النهاية[٦]، فجوز الرجوع مع تعمد ترك الاذان والاقامة مالم يركع ، ولم يسوغه مع النسيان ، وقد صرح به المتأخر .

والحق ماذكره المصنف رحمه‌الله تعالى ، وهو اختيار السيدالمرتضى قدس

(١) المبسوط ١/٨٧ .

(٢ ـ ٣) الاقتصاد ص ٢٥٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢/٢٧٩ ، ح٨ .

(٥) تهذيب الاحكام ٢/٢٧٩ ، ح١٠

(٦) النهاية ص٦٥ .

الله روحه ، لان الاذان والاقامة من أوكد السنن ، وذلك يقتضى تداركهما مع نسيانهما باستئناف الصلاة .

أما مع التعمد فلا ، لانه قد دخل فى صلاة[١] غير طالب الفضيلة ، فلايجوز له الابطال ، عملا بظاهر قوله تعالى « ولا تبطلوا أعمالكم[٢] » .

قال رحمه‌الله: روى أصحابنا أن « الضحى » و « ألم‌نشرح » سورة واحدة . وكذا « الفيل » و « لايلاف » فلايجوز افراد احداهما عن صاحبتها في كل ركعة ، ولايفتقر الى البسملة بينهما على الاظهر .

أقول : نقل عن بعض الاصحاب وجوب البسملة بين السورتين ، محتجاً بأن البسملة آية من كل منها ، فتجب قراءتها بينهما . أما الصغرى فلثبوتها كذلك في المصحف . وأما الكبرى فاجماعية .

وقال الشيخ رحمه‌الله فى الاستبصار : ولايفصل بينهما[٣] محتجاً بأنهما سورة واحدة ، فلا تعاد البسملة بينهما . اما الصغرى ، فلان تحريم قراءة سورتين فى الركعة الواحدة مع تجويز قراءة الضحى وألم نشرح ، أو الفيل ولايلاف يستلزم وحدتهما . وأما الكبرى فاجماعية .

والحق الاول ، واحتجاج الشيخ ضعيف . أما الصغرى ، فللمنع من وحدتهما.

قوله : لان تسويغ قراءتهما مع المنع من قراءة السورتين في الركعة يقتضي ذلك .

قلنا : ممنوع ، لجواز استثناء هاتين[٤] من عموم التحريم ان قلنا به ، والا

---

(١) فى «س» : الصلاة .

(٢) سورة محمد : ٣٣ .

(٣) الاستبصار ٣١٧/١ ، ح٤ .

(٤) فى «م» : استثنائها .

فلا ،كما هو مذهبه رحمه الله في أكثر أقواله . وأما الكبرى فممنوعة أيضاً ، اذ لاتنافي بين كونهما سورة ، ووجوب اعادة البسملة بينهما ،كما في النمل ، وادعاء الاجماع هنا مكابرة .

قال رحمه الله : يجب في الركوع التسبيح . وقيل : يكفي الذكر ولو كان تكبيراً أو تهليلا ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من أصالة البراءة الدالة على عدم وجوب شيء أصلا ، ترك العمل بها في وجوب الذكر ،للاجماع والنص ، فيبقى معمولاً به فيما عداه، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى مارواه هشام بن سالم قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن التسبيح في الركوع والسجود ، قال : يقول في الركوع :« سبحان ربى العظيم وبحمده » وفي السجود : « سبحان ربى الاعلى » الفريضة من ذلك تسبيحة ، والسنة ثلاث والفضل سبع[2] . وغير ذلك من الروايات ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : وهل يجب التكبير للركوع؟ فيه تردد ، والاظهر الندب .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من واجب أو ندب ، طرح العمل بها في اثبات كون التكبير للركوع مندوباً لدليل أقوى ، فبقي معمولا بها فيما عداها ، وهو اختيار أكثر علمائنا .

والالتفات الى ظاهر رواية زرارة عن الباقر عليه السلام[3]، وهو اختيار ابن أبي عقيل العماني . والوجه الاول ، وتحمل الرواية على الاستحباب ، أما أولا فلما

---

(١) المبسوط ١/١١١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢/٧٦ ، ح٥٠ .

(٣) فروع الكافي ٣/٣١٩ ــ ٣٢٠ ، ح١ .

ذكرناه . وأما ثانياً فلاشتماله على الامر بأشياء[١] مستحبة غير واجبة .

قال رحمه الله : وفي وجوب التكبير للاخذ في السجود والرفع منه تردد ، والاظهر الاستحباب .

أقول : ينشأ : من النظر الى الاصالة ، وتقرير الاستدلال به قد سبق غير مرة وهو اختيار أكثر علمائنا .

والالتفات الى ظاهر رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[٢]. وهو اختيار ابن أبي عقيل وسلار أيضاً ، وتحمل الرواية على الاستحباب جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله في قواطع الصلاة : الثاني ـ لايبطلها الا عمداً ، وهو وضع اليمين على الشمال ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى قوله عليه السلام : « صلوا كما رأيتموني أصلي »[٣] ووجه الاستدلال به أنه عليه السلام أوجب على أمته أن يصلوا مثل صلاته عليه السلام .

فنقول : الصلاة التي صلاها النبي عليه السلام : اما أن يكون قد فعل فيها ذلك أو لا والاول باطل ، والا لوجب فعله ، وليس كذلك بالاجماع ، فتعين الثاني ، فيكون الاتيان بهذا محرماً ، لقوله عليه السلام « من أدخل في شرعنا ماليس منه كان مبدعاً »[٤].

والاخبار الدالة على تحريم شرعية مالم يكن مشروعاً أكثر من أن تحصى ، واذا ثبت أنه حرام كان مبدعاً ، لعدم القائل بالفرق .

وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واستدل عليه في الخلاف[٥] باجماع الفرقة

(١) في «س» : في أشياء .

(٢) تهذيب الاحكام ٢ / ٧٩ ، ح٦٣ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٢ / ١٢٤ . عوالي اللئالي ١ / ١٩٨ .

(٤) عوالي اللئالي ١ / ٢٤٠ ، برقم : ١٦٠ .

(٥) الخلاف ١ / ٣٢٢ مسألة ٧٤ .

المحقة . وكذلك السيد المرتضى رحمه الله ، وأتبعهما المتأخر ، ويؤيده الاخبار المشهورة المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

والالتفات الى أصالـة الجواز وعدم الابطال به ، وهو اختيار أبي علي ابن الجنيد وأبي الصلاح الحلبي، ونمنع بقاء حكم الاصل مع قيام ماذكرناه من الادلة[1].

قال رحمه الله : وفي عقص الشعر للرجل تردد ، والاشبه الكراهية .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالجواز وعدم الابطال ، وهـو اختيار أبي الصلاح والمتأخر ، وظاهر كلام شيخنا المفيد قدس الله روحه .

والالتفات الى الرواية المروية عن الصادق عليه السلام[2] الدالة على ابطال الصلاة به ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله ، واستدل في الخلاف[3] عليه باجماع الفرقة ، والروايـة ضعيفة السند ، لان في طريقها مصادف ، وهـو ضعيف ، وقد قدح ابن الغضائري فيه . وأما دعوى الاجماع فلم يثبت .

---

(١) في «م» : الدلالة .

(٢) فروع الكافي ٤٠٩/٣ ، ح٥ .

(٣) الخلاف ٥١٠/١ ، مسألة ٢٥٥ .

فصل

(في الترددات المذكورة في فضل صلاة الجمعة)

قال رحمه الله : وهل الطهارة شرط في الخطبتين ؟ فيـه تردد ، والاشبه أنها غير شرط .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على براءة الذمة، وعدم[1] الاشتراط وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى أنهما بدل من الركعتين الاخيرتين ، فشرط فيهما[2] الطهارة كالمبدل، ولان طريقة الاحتياط قاضية بذلك، لانعقاد الاجماع على صحة الخطبتين مع حصول الطهارة ، وليس على صحتهما مع عدم الطهارة دليل ، وسلوك مالا ريب فيه أولى من سلوك مـاحصل فيه الريب ضرورة ، وهـو اختيار الشيخ في المبسوط[3] والخلاف[4].

---

(١) في «س» : من عدم .

(٢) في «س» : لهما .

(٣) المبسوط ١ /١٤٧ .

(٤) الخلاف ١ /٦١٨ ، مسألة٣٨٦ .

ويضعف الاول بأن المبدل لايجب أن يكون مساوياً للمبدل منه في كل حكم والا لزم الاتحاد ، وهو باطل ، والاحتياط معارض بأصالة البراءة . وأيضاً فـان الاحتياط لايقتضي الوجوب ، فـان اعتقاد ماليس بـواجب واجب خطأ ، فكيف يكون احتياطاً ؟.

قال رحمه الله : ويجب أن يرفع صوته بحيث يسمع العدد المعتبر ، وفيه تـردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب .

والالتفات الى أن فائدة الخطبة ــ وهي ارتداع الحاضرين بالوعظ ــ انما يتم باسماع العدد ، فيكون الاسماع واجباً .

أما المقدمة الاولى فظاهرة . وأما الثانية فلعموم قوله تعالى « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون »[1] وظاهر الامر الوجوب، ولانه لولا وجوب الاسماع كان الاتيان بالخطبة عبثاً ، وهو قبيح ، فتعين الوجوب .

قال رحمه الله : ويراعى في الذين يجب عليهم الجمعة شروط ــ الى قوله: وكل هؤلاء لو تكلفوا الحضور وجبت عليهم الجمعة وانعقدت بهم ، سوى من خرج عن التكليف والمرأة ، وفي العبد تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن الانعقاد حكم شرعي، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، وهو غير موجود هنا ، ولان وجوب هذه الجمعة على هـذا المكلف غير منفك عن وجه قبح ، فكل مالاينفك عن القبيح قبيح .

أمـا الصغرى ، فلان العبد لايجب عليه الحضور اجماعاً ، ولايجوز لـه الا باذن مولاه ، لانــه تصرف في نفسه ، وهـو ممنوع منه ، والاذن غير معلوم هنا ، والواجب عصمة مال الغير حتى يظهر الدليل المبيح لذلك ، فيحكم ظاهراً بمنعه

(١) سورة الحج : ٧٧ .

من الحضور . فلو اعتد بحضوره في تكميل العدد لم ينفك هذا التكليف عن وجه قبح ، وهو التصرف في مال الغير بغير اذنه ظاهراً .

وأما الكبرى فظاهرة، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، واختيار ابن حمزة.

والالتفات الى العمومات الدالة على العدد من غير فرق بين العبد وغيره . ولا يلزم من انتفاء وجوب الجمعة عنه مع عدم الحضور عدم وجوبها مع الحضور والانعقاد به ، كما في المريض ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[2] ، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله : الاصغاء الى الخطبة هل هو واجب ؟ فيه تردد ، وكذا تحريم الكلام في أثنائها ، لكن ليس بمبطل للجمعة .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب وعدم التحريم وهو اختيار الشيخ في المبسوط[3] ، وأحد قولي الشافعي .

والالتفات الى أن المقصود من الخطبة هو انزجار الحاضرين بالوعظ ، وذلك انما يكون بالكف عن الكلام والاصغاء الى الخطبة ، والا لم يكن للخطبة فائدة ، فيكون الاتيان بها عبثاً ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : يعتبر في امام الجمعة كمال العقل والايمان والعدالة وطهارة المولد والذكورة ،ويجوز أن يكون عبداً، وهل يجوز أن يكون أبرص أو أجذم ؟ فيه تردد ، والاشبه الجواز ، وكذا الاعمى .

أقول : التردد يختص بالاولين ، ومنشؤه : النظر الى أن الابرص والاجذم ينفر القلوب منهما ، فلا يصلحان للامامة . والمقدمتان ظاهرتان ، وهو اختيار

---

(١) المبسوط ١/١٤٥ .

(٢) الخلاف ١/٦٢٧ ، مسألة ٣٩٨ .

(٣) المبسوط ١/١٤٨ .

الشيخ في النهايـة[١] .

والالتفات الى قضاء الاصل بالجواز ، وهو الاقرب ، وبمنع الاولى، سلمنا لكن نمنـع الملازمة .

(١) النهاية ص١٠٥ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في فضل صلاة العيد)

قال رحمه الله : والتكبيرفي الفطر عقيب أربع صلوات : أولها المغرب ليلة الفطر ، وآخرهـا صلاة العيد . وفي الاضحى عقيب خمس عشرة صلاة ، أولها الظهر يوم النحر . وفي الامصار عقيب عشر صلوات يقول : الله أكبر الله أكبر، وفي الثالثة تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اختلاف الاصحاب باختلاف الـرواة في كيفيته، فقال الشيخ رحمه الله : يكبر مرتين في الاضحى . وهو قول ابن بابويه ، ورواه عن علي عليه السلام[1]. وقال البزنطي : يكبر في الاضحى ثلاثاً . وهو اختيار ابن أبي عقيل .

قال الشيخ المصنف في المعتبر : لاريب أن ذلك تعظيم الله وذكرمستحب، فلافائدة للمضايقة عليه . والحق عندي ماروواه النقاش عن أبي عبدالله عليه السلام في صفة التكبير كيف أقـول ؟ قال : تقول في الفطر : « الله أكبر الله أكبر لا الـه الا الله

---

(١) من لايحضره الفقيه ١/٥١٨ ، برقم : ١٤٨٤ .

والله أكبر ولله الحمد ، الله أكبر على ماهدانا »[١].

وكيف قلنا فهذا التكبير مستحب . وقال علم الهدى وابن الجنيد بوجوبه .

قال رحمه الله: التكبير الزائد هل هو واجب؟ فيه تردد، والاشبه الاستحباب.

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الوجوب ، وهو ظاهر كلام الشيخ في التهذيب[٢]، ويؤيده رواية زرارة الصحيحة أن عبدالملك بن أعين سأل أباجعفر عليه السلام عن الصلاة في العيدين ، قال : الصلاة فيهما سواء يكبر الامام تكبيرة الصلاة قائماً كما يصنع في الفريضة ثم يزيد في الركعة الاولى ثلاث تكبيرات ، وفي الأخرى ثلاث تكبيرات ، سوى تكبيرة الصلاة والركوع والسجود ، وان شاء ثلاثاً وخمساً ، وان شاء خمساً وسبعاً بعد أن تلحق ذلك .

قال الشيخ : ألا ترى جواز الاقتصار على الثلاث تكبيرات وعلى الخمس تكبيرات ، وهذا يدل على أن الاخلال بها لايضر بالصلاة[٣]. ولانه تكبير في غير محل الاستفتاح ، فيكون مستحباً كغيره .

والالتفات الى أن النبي ﷺ صلاها كذلك ، فيجب اتباعه عملا بظاهر قوله عليه السلام « صلوا كما رأيتموني أصلي »[٤] ولان الائمة عليهم السلام نصوا على وجوب صلاة العيدين ، ثم بينوا كيفيتهما، وذكروا التكبيرات الزائدة ، وهو اختيار باقي الاصحاب واختاره شيخنا دام ظله .

ويمكن الجواب عن الاول ، بأن الاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بيناها .

وعن الثاني بأن زيادة الثلاث لاينافي زيادة الاكثر، مع أنه قال في الاستبصار:

---

(١) المعتبر ٢ /٣٢١ والرواية فى فروع الكافى ٤ /١٦٦ — ١٦٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣ / ١٣٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣ / ١٣٤ ، ح٢٣ .

(٤) صحيح البخارى ١ /١٥٤ ، وسنن الدارقطنى ١ /٣٤٦ .

الوجه في هاتين الروايتين ومايشابهما التقية ، لموافقتهما مذهب العامة ، ولسنا نعمل بها ، واجماع الفرقة المحقة على ماقدمناه[١].

وعن الثالث بأن القياس باطل عندنا .

قال رحمه الله : وبتقدير الوجوب هل القنوت واجب ؟ الاظهر لا .

أقول : القائلون باستحباب التكبير يلزمهم استحباب القنوت ، لانه كيفية للتكبير ، ولايعقل وجوب الكيفية مع استحباب ذي الكيفية ، ولقائل أن يمنع من كونه كيفية ، بل هو ذكر زائد على التكبير كذكر الركوع ، وكما لايلزم من استحباب الذكر هناك استحباب ذكر الركوع فكذا هنا .

وأما القائلون بالوجوب ، فبعضهم نص على وجوبه كالسيد المرتضى،وهو ظاهر كلام أبي الصلاح ، ونص في الخلاف[٢] على استحبابه .

واستدل الموجبون بظاهر الخبر السابق ، وبرواية يعقوب الصحيحة قال : سألت العبد الصالح عليه السلام عن التكبير في العيدين قبل القراءة أو بعدها ، وكم عدد التكبير ـ الحديث[٣]. وفي رواية اسماعيل عن الباقر عليه السلام ثم يكبر خمساً يقنت بينهم[٤].

احتج الشيخ بالاصل، وبأن استحباب التكبير يستلزم استحباب أولوية استحباب القنوت . ويمكن حمل الروايتين على الاستحباب ، اذ أمر الخاص لايأتي[٥] عاماً بالامر الا نادراً ، وانما كان القول بالاستحباب أظهر لما بيناه .

---

(١) الاستبصار ١/٤٤٨ .

(٢) الخلاف ١/٦٦١ مسألة ٤٣٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣/١٣٢ ، ح١٩ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣/١٣٢ ، ح٢٠ .

(٥) في «س» : لايتأتى .

قال رحمه‌الله : وبتقدير وجوبه هل يتعين لفظاً ؟ الاظهر أنه لايتعين وجوباً.

أقول : ذهب أبو الصلاح الى وجوب القنوت بالدعاء المذكور . والحق الاستحباب ، ولاصالـة البراءة ، ورواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أحدهما قال : سألته عن الكلام الذي يتكلم به بين التكبيرات في العيدين ، قال: ماشئت من الكلام الحسن[1].

احتج بظاهر الروايات الدالـة على ذلك ، وتحمل على الاستحباب للجمع بين الادلة ، وخاصة مع اختلاف كيفية الفعل .

قال رحمه الله : لو اتفق عيد وجمعة، فمن‌حضر العيد كان بالخيارفي‌حضور الجمعة ، وعلى الامام أن يعلمهم ذلك في خطبته .

وقيل : الترخيص مختص بمن كان نائياً عن البلد ،كأهل السواد دفعاً لمشقة العود ، وهو الاشبه .

أقول : اختلف الاصحاب في هـذه المسألـة ، فذهب الشيخان الى سقوط الجمعة وجوباً عمن صلى‌العيد، ورواه ابن‌بابوية في‌كتابه[2]، واختاره ابن‌ادريس وبه قال أحمد .

وقال ابن الجنيد : اذا اجتمع عيد وجمعة اذن الامام بالناس في‌خطبة العيد الاولى بأن يصلي بهم الصلاة ، فمن أحب أن ينصرف كان له مع قصي منزلـه ، واستحب له حضورها مع‌انتفاء الضررعنه وعن غيره وفيه أشعار بماقاله‌المصنف رحمه الله ، وهو قول لبعض الشافعية .

وقال أبو الصلاح لاتسقط : تمسكاً بعموم الاية والاخبار ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وهو خيرة ابن البراج ، والحق مااختاره أبو علي .

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٨٨/٣ ، ح١٩ .

(٢) من لايحضره الفقيه ٥٠٩/١ ـ ٥١٠ .

لنا ــ مارواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام أنه كان يقول: اذا اجتمع عيدان في يوم واحد ، فانه ينبغي للامام أن يقول للناس في خطبته الاولى : انه قد اجتمع لكم عيدان في يوم وأنا أصليهما جميعاً ، فمن كان منزله قاصياً وأحب أن ينصرف ، فقد أذنت له[1]. ولان حصول المشقة فيه أكثر .

احتج الشيخان برواية سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام اجتمع عيد على عهد أمير المؤمنين عليه السلام ، فخطب الناس ، فقال : هذا يوم اجتمع فيه عيدان ، فمن أحب أن يأتيه فليفعل ، وان شاء لم يفعل ، فان له رخصة[2].

ويضعف بأن خبرنا مقيد وخبركم مطلق ، فيحمل عليه توفيقاً بين الدليلين .

فائدة :

لو قلنا بالسقوط مطلقاً ، وجب على الامام الحضور، قاله علم الهدى، تمسكاً بظاهر العموم السالم عن المعارض ، وظاهر كلام الشيخ في المبسوط[3] ليس بجيد.

قال رحمه الله : اذا طلعت الشمس حرم السفر حتى يصلي صلاة العيد، ان كان ممن تجب عليه، وفي خروجه بعد الفجر وقبل طلوعها تردد ، والاشبه الجواز.

أقول : منشؤه : النظر الى الاصالة القاضية بالجواز ، وهو مذهب أكثر الاصحاب .

والالتفات الى أن ظاهر الرواية[4] دال على التحريم ، وهو اللائح من كلام الشيخ به. أما لو خرج قبل الفجر ، فلاكراهة ولاتحريم اجماعاً .

قال رحمه الله في صلاة الكسوف : اذا حصل الكسوف في وقت فريضة

---

(١) تهذيب الاحكام ١٣٧/٣ ، ح٣٦ .

(٢) فروع الكافي ٤٦١/٣ ، ح٨ ، والرواية فيه عن سلمة .

(٣) المبسوط ١٧٠/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٨٦/٣ ، ح٩ .

حاضرة ، كان مخيراً في الاتيان بأيهما شاء مالم يتضيق الحاضرة ، فتكون أولى . وقيل : الحاضرة أولى ، والاول أشبه .

أقول : اذا اتفق الكسوف في وقت حاضرة : فاما أن يتضيقا ، أو يتضيق الحاضرة دون صلاة الكسوف أو بالعكس ، ففي الاول تتغير الحاضرة ، ثم ان كان فرط في صلاة الكسوف قضاها والا فلا، وفي الثالث والرابع تتعين المضيقة اتفاقاً ، ثم تجب الاخرى مع الاتساع اذا وقع التفريط قضاءاً بغير خلاف في ذلك .

وانما النزاع في القسم الثاني، فذهب الشيخ في النهاية[1] الى وجوب الابتداء بالحاضرة ، وهو قول علم الهدى وأكثر الاصحاب . وقال في الجمل[2] بالتخيير وهو خيرة أبي الصلاح منا والشافعي ، وتردد في المبسوط[3].

والحق مختار الجمل، لانهما فرضان اجتمعا ووقتهما متسع، فيتخير المكلف بينهما ، اذ وجوب أحدهما يستلزم أحد محالين ، اما تضيق وقت مافرض اتساع فيه ، أو كون ترك العبادة أولى من فعلها .

بيان الملازمة : ان تعين أحدهما للفعل ان كان لضيق الوقت لزم الامر الاول وان كان لقبح تقديم الاخرى ، لزم الثاني .

احتجوا بورود الامر بقطعها عند دخول الفريضة ، ولو ساغ فعلها لما جاز قطعها ، ونمنع ورود الامر بقطعها مطلقاً ، بل مع تضيق[4] الوقت ، سلمنا لكن نمنع صدق التالي .

---

(١) النهاية ص١٣٧ .

(٢) الجمل والعقود ص١٩٤

(٣) المبسوط ١٧٢/١ .

(٤) في «م» : ضيق .

قال رحمه الله : يجوز أن يصلي صلاة الكسوف على ظهر الدابة وماشياً. وقيل : لايجوز الا مع العذر ، وهو الاشبه .

أقول : الجواز مذهب أبي علي ابن الجنيد ، ومستنده الاصل ، ورواية علي بن فضل الواسطي قال: كتبت الى الرضا عليه السلام اذا انكسفت الشمس أو القمر وأنا راكب لاأقدر على النزول . فكتب اليّ : صل على مركبك الذي أنت عليه[1].

وجه الاستدلال : ان الجواب وقع عاماً ، فلاتخصيص بالسؤال بخصوص السبب. والحق المنع ، وهو مختار أكثر الاصحاب ، لانها واجبة ، فلاتصلى على الراحلة ،كغيرها من الفرائض ، عملا بالعموم الدال على الحرمة، والاصل تخالف للدليل ،ونمنع عموم الجواز ، لوقوعه جواباً عن سؤال خاص فلايتعداه ، وفارق السبب حيث كان اللفظ فيه عاماً ، فلا يتخصص بالسبب .

قال رحمه الله في فصل الصلاة على الاموات : ويرفع يديه في أول تكبيرة اجماعاً ، وفي البواقي على الاظهر .

أقول : ذهب الشيخ في النهاية [2] والمبسوط [3] الى استحباب الرفع في الاولى فقط ، وهو مختار أكثر الأصحاب ، واختار في الاستبصار [4] الثاني ،وهو أقرب عند المصنف .

واحتج عليه في المعتبر[5]بأن رفع اليدين مراد لله في أول التكبيرة، وهودليل اختصاصه بالرجحان، فيكون مشروعاً في الباقي ، تحصيلا لتلك الارجحية وعندي

---

(١) فروع الكافي ٣/٤٦٥ ، ح٧ .

(٢) النهاية ص١٤٥ .

(٣) المبسوط ١/١٨٥ .

(٤) الاستبصار ١/٤٧٩ .

(٥) المعتبر ٢/٣١٤ ـ ٣١٥ .

فيه نظر ، اذ لا يلزم [١] من رجحانه في بعض عموم الرجحان ، خصوصاً مع بطلان القياس عندنا .

قال رحمه الله في فصل النوافل : والاشهر في الروايات استحباب ألف ركعة في شهر رمضان ، زيادة على النوافل المرتبة ، يصلي في كل ليلة عشرين ركعة ، ثمان بعد المغرب ، واثنتا عشرة ركعة بعد العشاء على الاظهر .

أقول : اختلف الاصحاب في ترتيب هذه النوافل ، فذهب في المبسوط[٢] الى ماذكره المصنف ، وهو اختيار الاصحاب ، وخيره ابن الجنيد بين ذلك وبين صلاة اثنتا عشرة ركعة بعد المغرب والباقي بعد العشاء ، وهي رواية سماعة [٣] .

وكذا الخلاف في العشر الاواخر ، ففي رواية علي بن أبي حمزة[٤] ثمان بعد المغرب وبعد العشاء مابقي ، وفي رواية سماعة تصلي بعد المغرب اثنتين وعشرين ركعة والباقي بعد العشاء[٥] .

قال المصنف في المعتبر : طرق الروايات كلها ضعيفة ، لكن عمل الاصحاب أسقط اعتبار طريقها ، ولارجحان بينهما ، فينبغي القول فيها بالتخيير[٦] .

قال رحمه الله في الركن الرابع في التوابع : وأما السهو فان أخل بركن أعاد ، كمن أخل بالقيام حتى نوى ، أو بالنية حتى كبر ، أو بالتكبير حتى قرأ ، أو بالركوع حتى سجد ، أو بالسجدتين حتى ركع فيما بعد . وقيل : يسقط الزائد

(١) في «س» : اذ يلزم .

(٢) المبسوط ١ /١٣٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣ /٦٣ ، ح١٧

(٤) تهذيب الاحكام ٣ /٦٣ - ٦٤ ، ح١٨ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣ /٦٣ ، ح١٧ .

(٦) المعتبر ٢ /٣٧٠ .

ويأتي بالفائت ويبنى . وقيل : هذا الحكم مختص بالاخيرتين،ولو كان فيالاولين استأنف ، والاول أظهر .

أقول: القول الاول مذهب السيد المرتضى وسلار وأبيالصلاحوابنالبراج واختاره في المعتبر[1] ومذهب مختار شيخنا أيضاً ، لانه لم يأت بالمأموربه على وجهه ، فيبقى في عهده التكليف .

أما الصغرى ، فلانه مأمور بالاتيان بكل ركعة بركوعها ولم يأت به ، اذ هو التقدير . وأما الكبرى فظاهرة .

لايقال : المقدمتان ممنوعتان ، أما الاولى بمنع كونه مأموراً حال النسيان ، والا لزم تكليف مالايطاق . وأما الثانية فلا نسلم البقاء في عهدة التكليف ، لانه انما يلزم ذلك لو قلنا ان الاتيان بالمأمور به لاعلى وجهه يوجب الاعادة ، وهو ممنوع ، لافتقار الاعادة الى دليل ثان .

ولئن سلمنا المقدمتين ، لكن نمنع دلالتهما على محل النزاع ، اذ مذهبه بطلان الصلاة ، وهما لايدلان عليه ، بل على بقاء التكليف بالركوع ، ونحننقول بموجبه ، اذ مع ايجاب حذف السجدتين والاتيان بالركوع يكون التكليف باقياً فلا يخرج عن العهدة .

لانا نقول: الناسي لايسقط عنه الفعل مطلقاً ، بل الاثم ، وتكليف المحال انما يلزم لو قلنا انه مكلف حالة النسيان ، أما لو قلنا انه مكلف بأن يأتي حالة ذكره فلا ، وظاهر أن النسيان غير مسقط للتكاليف .

وأما دليل وجوب الاعادة فظاهر ، اذ الاتيان بالمأمور به لا على وجهه ليس

---

(١) المعتبر ٢ / ٣٧٦ .

اتياناً بالمأمور به[1] .

(١) في المخطوطتين هنا بياض بقدر الصفحة، وقال في هامش «س» : هذا البياض من هنا الى الفصل الثالث في كتاب الزكاة وجد في نسخة بخط شيخنا جمال الدين أحمد بن فهد رحمه الله .

الفصل الثالث

(في ذكر الترددات والترجيحات المذكورة في كتاب الزكاة)

قال رحمه الله : ويستحب الزكاة في غلات الطفل ومواشيه . وقيل : تجب وكيف قلنا فالتكليف بالاخراج يتناول الوالي عليه . وقيل : حكم المجنون حكم الطفل ، والاصح أنه لا زكاة في ماله الا في الصامت اذا اتجر له الولي استحباباً .

أقول : في وجوب الزكاة في غلات الطفل ومواشيه قولان :

الوجوب ، اختاره الشيخان وأبو الصلاح وابن البراج ، عملا برواية زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا : ليس في مال اليتيم العين شيء ، فأما الغلات فعليهما الصدقة واجبة[1]. وتحمل على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة .

الثاني : الاستحباب ، اختاره السيد المرتضى قدس الله روحه ، والحسن بن أبي عقيل وسلار وابن ادريس ، وهو الاقرب .

لنا ـ اصالة براءة الذمة ، والروايات الكثيرة المشهورة الدالة عليه .

وأما المجنون ، فقد ألحقه الشيخ بالصبي ، وهو ضعيف .

---

(١) فروع الكافي ٣/٥٤١ ، ح٥ .

لنا ـ أنه ليس من أهل التكليف ، فلا يتناوله الامر ، ولايلزم مثله في الصبي لورود النص عليه عيناً .

احتج بأن المجنون مشارك للصبي في عدم العقل .

والجواب : المشاركة في المسلوب لايوجب التماثل .

قال رحمه الله: ولاتجب الزكاة في المال المغصوب ، ولا الغائب اذا لم يكن في يد وكيله أو وليه ، ولا الرهن على الاشبه .

أقول : قال في الخلاف : اذا استقرض ألفاً ورهن عليها مثلها ، لزمه زكاة القرض اذا بقي في يده حولا[1] وتردد في زكاة الرهن ، فتارة أوجبها عليه ، لانه قادرعلى التصرف فيه بفكه ، وتارة اسقطها ، نظراً الى أنه ممنوع من التصرف فيه .

وله في المبسوط[2] كالقولين ، لكن الذي قواه في الخلاف الوجوب وهو الاصح ، ويحمل قول هذا الفاضل على ماذا كان الراهن معسراً ، لتحقق المنع حينئذ .

قال رحمه الله : ولاتجب الزكاة في الدين ، فان كان تأخره من جهة صاحبه قيل : تجب الزكاة على مالكه . وقيل : لا ، والاول أحوط .

أقول : ذهب الشيخ المفيد والشيخ أبو جعفر الى الاول ، وذهب ابن أبي عقيل الى الثاني ، واختاره ابن ادريس .

احتج بعموم قوله عليه السلام « هاتوا ربع عشر أموالكم »[3] ترك العمل به في حصول التأخير من المدين ، للاجماع ، فيبقى حجة في الباقي .

والرواية الدالة على ذلك عن الصادق عليه السلام قال : لاصدقة على الدين ، ولا

---

(١) الخلاف ١ / ٣٥١ مسألة ١٢٨ .

(٢) المبسوط ١ / ٢١١ .

(٣) عوالي اللئالي ٣/١١٥ ، برقم : ١١ .

على المال الغائب عنك حتى تقع في يدك[1] . ولرواية الحلبي عن الصادق عليه‌السلام قلت له في الدين زكاة ؟ قال : لا[2] . وترك الاستفصال في حكاية الحال يدل على العموم .

احتج الشيخ برواية درست عن الصادق عليه‌السلام قال : ليس في الدين زكاة الا أن يكون صاحب الدين هو الذي يؤخره ، فاذا كان لايقدرعلى أخذه ، فليس عليه زكاة حتى يقبضه[3] .

والجواب ان صحت السند حمل على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : وفي مال التجارة قولان ، أحدهما الوجوب ، والاستحباب أصح .

أقول : قال الشيخان والمرتضى وأبوالصلاح وابن البراج وسلار وابن أبي عقيل بالاستحباب ، وهو الحق . وقال بعضهم بالوجوب ، وهو الظاهر من كلام ابني بابوية .

لنا ــ الاصل ، وما رواه زرارة قال :كنت قاعداً عند أبي جعفر عليه‌السلام وليس عنده غير ابنه جعفر ، فقال : يازرارة ان أباذر وعثمان تنازعا على عهد رسول‌الله صلى الله عليه وآله وقال‌عثمان :كل مال من ذهب أوفضة يدار ويعمل به ويتجر به ففيه الزكاة اذا حال عليه الحول . وقال أبو ذر ما اتجر به أودير وعمل به ، فليس فيه زكاة ، وانما الزكاة فيه اذا كان ركازاً أوكنزاً موضوعاً ، فاذا حال عليه الحول ففيه الزكاة ، فاختصما في ذلك الى رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله فقال عليه‌السلام : القول ما قال

(١) تهذيب الاحكام ٤/٣١ ، ح٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٣٢ ، ح٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٣٢ ، ح٥ .

أبوذر[١] .

احتج الموجبون بما رواه أبو الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعاً ، فكسب عليه متاعاً[٢] وقد كان زكى ماله قبل أن يشتري به هل عليه زكاة أو حتى يبيعه ؟ قال : ان أمسكه التماس الفضل على رأس فعليه الزكاة[٣] .

والجواب الحمل على الاستحباب . قال رحمه الله : ان سلم السند .

قال رحمه الله في الغنم خمسة نصب : أربعون وفيه[٤] شاة، ثم مائة واحدى وعشرين وفيه شاتان، ثم مائتان وواحدة ففيه ثلاث، ثم ثلاثمائة وواحدة،فاذا بلغت ذلك قيل : يؤخذ من كل مائة شاة ، وقيل :تجب أربع شياة ، حتى تبلغ أربعمائة فتؤخذ من كل مائة شاة ، بالغاً مابلغ ، وهوالاظهر . وتظهر الفائدة في الوجوب وفي الضمان .

أقول : ذهب السيد المرتضى وابنا بابوية وسلار وابن ادريس الى الاول ، لرواية محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام أنه قال: ليس فيمادون الاربعين شيء ،فاذا كانت أربعين ففيها شاة الى عشرين ومائة، فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى المائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث من الغنم الى ثلاثمائة ، فاذا كثر الغنم ففي كل مائة شاة ـ الحديث[٥]. تحصل الكثرة بانضمام واحدة اليها .

وذهب الشيخ وابن الجنيد الى الثاني، لقول الباقر والصادق عليهما السلام: فاذا بلغت

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/٧٠ – ٧١ ، ح٨ .

(٢) فى التهذيب : فكسد عليه متاعه .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٦٨ ، ح ١ .

(٤) وفى الشرائع: وفيها ، وكذا فى المواضع الاتية .

(٥) تهذيب الاحكام ٤/٢٥ ، ح٢ .

ثلاثمائة ففيه مثل ذلك ثلاث شياة، فاذازادت واحدة ففيها أربع شياة ـ الحديث[١].

وقوله « وتظهر الفائدة في الوجوب » فعلى الاول ـ وهو قول المرتضى ومن وافقه ـ تجب ثلاث شياة . وعلى الثاني ـ وهو قول الشيخ ومن تبعه ـ تجب أربع شياة .

وقوله « وفي الضمان » أنه لو تلفت الواحدة من غير تفريط بعد الحول وقبل امكان الاداء ، فعلى الاول لاتسقط ، لان الواحدة الزائدة شرط في تعين الفرض ، وليست جزءاً من محل الوجوب ، لتصريح الرواية بأن في كل مائة شاة ، فلم يتعلق الواجب بشيء من الزائد .

وعلى الثاني تقسط الاربع شياة على ثلاثمائة جزء وجزء ، وتسقط منه أربعة أجزاء من ثلاثمائة جزء وجزء من شاة ، فيبقى الواجب عليه ثلاث شياة ومائتي جزء وسبعة وتسعون جزءاً من ثلاثمائة جزء وجزء من شياة .

والضابط : أن التالف ان كان من الزائد على الفريضة ، لم تسقط شيء بسبب التلف ، كخمسين تلف منها عشرة ، فالفريضة واجبة في الاربعين ، ولاعبرة بالتالف . وان كان من أصل الفرض ، سقط من الفرض بنسبته مائة وعشرين يتلف منها واحدة .

قال رحمه الله : الشرط الثاني السوم ، فلاتجب الزكاة في المعلوفة ، ولا في السخال الا اذا استغنت عن الامهات بالرعي ، ولابد من استمرار السوم طول[٢] الحول ، فلو علفها بعضاً ولو يوماً ، استأنف الحول عند استئناف السوم ، ولا اعتبار باللحظة عادة . وقيل: يعتبر في اجتماع السوم والعلف الاغلب، والاول أشبه.

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٥/٤ ، ح١ .

(٢) في الشرائع : جملة .

أقول : ذهب جماعة من الفقهاء الى الاول ، وذهب الشيخ في الخلاف[١] الى الثاني . احتج الاولون بوجهين :

الاول: أن اصالة البراءة تنفي الوجوب ، ترك العمل بها في السائمة للاجماع فيبقى الباقي على اصالته .

الثاني : السوم شرط في الوجوب اجماعاً وقد انتفي ، فينتفى المشروط ، وهو وجوب الزكاة ، وفي الرواية المشهورة عن الباقر والصادق عليهما السلام قالا : ليس على المعلوفة شيء ، انما ذلك على السائمة الراعية[٢] .

واحتجاجه رحمه الله بأن الاغلبية معتبرة في سقي الغلات ، فتعتبر هنا قياساً عليها ، باطل . أما أولا، فلان القياس ليس حجة عندنا . وأما ثانياً ، فلعدم الجامع بينهما .

قال رحمه الله : ولو اختل أحد شروط الزكاة في أثناء الحول بطل الحول مثل أن نقصت عن النصاب فأتمها ، أو عاوضها بمثلها أو بجنسها على الاصح .

اقول : قال في المبسوط : اذا بادل جنساً بجنسه لزمته الزكاة ، مثل ذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، أو غنم بغنم ، وماأشبه ذلك[٣]. والحق ماذكره المصنف.

لنا ـ قوله صلى الله عليه وآله «لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول»[٤] .

احتج بعموم الاوامر . والجواب نعم يخص للدليل[٥] .

قال رحمه الله : وقيل : اذا فعل ذلك فراراً وجبت الزكاة . وقيل : لاتجب .

---

(١) الخلاف ١/٣٢٣ ، مسألة ٦١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٢٢ - ٢٣ ، ح٤ .

(٣) المبسوط ١/٢٠٦ .

(٤) المبسوط ١/١٩٣ .

(٥) في «س» : يخصص الدليل .

وهو الاظهر .

أقول: ذهب الشيخ أيضاً أنه اذا بادل جنساً بغيرجنسه فراراً من الزكاة وجبت محتجاً بما تقدم . وجوابه ماسلف . ولنا الرواية السابقة .

قال رحمه الله : ولو تفاوتت الاسنان بأزيد مـن درجة واحدة ، لم يتضاعف التقدير الشرعي ، ورجع في التقاص الى قيمة السوق على الاظهر .

اقول : ذهب أبوالصلاح الحلبي الى تضاعف التقديرالشرعي ، فلو وجبت عليه بنت مخاض وليست عنده ، بل حقة دفعها واسترجع أربع شياة ، أو أربعين درهماً [وبالعكس يدفع ويخير بأربع شياة ، أو أربعين درهماً][1] وكذا لو لم يجد حقة ووجد جذعة دفعها واستعاد ست شياة، أوستين درهماً . وينعكس الفرض بانعكاس التقدير، وكذا فيما عدا أسنان الابل .

واختار ابن ادريس ماذكره المصنف رحمه الله ، لان التقدير المذكور في الدرجة الواحدة على خلاف الاصل ، فيقتصر به على مورده ، لان التعدي قياس وهو باطل .

قال رحمه الله : والشاة التي تؤخذ من الزكاة قيل : أقلها الجذع من الضأن أو الثني من المعز . وقيل : مايسمى شاة ، والاول أظهر .

اقول : القول الاول هوالمشهور بين الاصحاب ، ومستنده الحديث المروي عن النبي عليه السلام [2] . وأما الثاني فقد نقله المصنف في هذا الكتاب ، ولم احصل الان القائل به . فان كان نقله حقاً ، فمستنده اطلاق الاحاديث المشهورة .

قال رحمه الله : ولاتجب الزكاة في الذهب حتى يبلغ عشرين ديناراً ، وفيه عشرة قراريط ، ثم ليس في الزائد شي حتى يبلغ أربعة دنانير ، ففيها قيراطان ،

---

(١) مابين المعقوفتين من «س» .

(٢) سنن النسائي ٥/٣٠ وسنن أبي داود ٢/١٣٧ .

فلا زكاة فيما دون عشرين مثقالا ، ولا فيما دون أربعة [دنانير] ثم كل مازاد المال أربعة ، ففيها قيراطان بالغاً مابلغ . وقيل : لازكاة فى العين حتى يبلغ أربعين ففيه دينار ، والاول أشبه .

أقول : القول الاول هو المشهور بين علمائنا ، عملا بعموم قوله عليه السلام « هاتوا ربع عشر أموالكم »[1] ترك العمل به فيما دون العشرين ، للاجماع ، فيبقى الباقي على عمومه ، وغير ذلك من الاحاديث المروية من طرقنا وطرق الجمهور أيضاً .

والثاني ذكره ابن بابوية ، عملا بالاصل ، واستناداً الى ظاهر الرواية المروية عن الباقر والصادق عليهما السلام قالا : في الذهب في كل أربعين مثقالا مثقال ، وفي الورق في كل مائتي درهم خمسة دراهم ، وليس في أقل من أربعين مثقالا شيء ، ولا في أقل من مائتي درهم شيء[2]. والاصل يخرج عنه للدليل، والرواية معارضة بروايات كثيرة صحيحة السند .

وقال في التهذيب : يحمل قوله « ليس فيما دون أربعين مثقالا شيء » على أن المراد بالشيء دينار ، لان لفظة «الشيء» يصح أن يكنى به عن كل شيء[3] .

قال المصنف في المعتبر : وهذا التأويل عندي بعيد[4] .

وأقول : ماذكره حسن[5] اذ النكرة في سياق النفي للعموم . أما أولا فلصحة الاستثناء التي[6] يخرج من الكلام مالولاه لدخل . وأما ثانياً فلان قولنا «لاشيء

(١) عوالى اللئالى ٣/١١٥ ، برقم : ١١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/١١ ، ح١٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/١١ .

(٤) المعتبر ٢/٥٢٤ .

(٥) فى «س» : تخصص .

(٦) فى «م» : الذى .

فيه» مناقض لقولنا «فيه شيء» ونقيض الموجبة الجزئية سالبة كلية .

قال رحمه الله : لازكاة في السبائك والنقار. وقيل: اذا عملهما كذلك فراراً وجبت الزكاة ، ولو كان قبل الحول ، والاستحباب أشبه .

اقول : للاصحاب في هذه المسألة قولان ، أحدهما الوجوب ، واختاره الشيخ في أكثر كتبه ، وابنا بابوية والمرتضى قدس الله روحه .

والثاني الاستحباب ، وهو اختيار المفيد قدس الله روحه . والقول الاخر للسيد ، واختاره ابن أبي عقيل وفتوى ابن ادريس .

احتج الموجبون بالاحتياط ، وبرواية معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام[1] ومثلها رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام[2] .

واحتج الاخرون باصالة براءة الذمة ، وبظاهر الروايات المشهورة وصريحها والاحتياط معارض بالاصالة ، والروايتان محمولتان على الاستحباب جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : وزكاة القرض على المقترض ان تركه حولا بحاله ، ولو شرطها على المقترض ، قيل : يلزم الشرط . وقيل : لايلزم ، وهو الاشبه .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية[3] الى اللزوم ، وأطبق باقي الاصحاب على خلافه ، وهو الحق .

لنا ـ اصالة براءة ذمة المقرض ، ولان الزكاة متعلقة بالعين ولاعين هنا ، انما العين في يد المقترض .

ويؤيده رواية يعقوب بن شعيب الصحيحة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن

---

(١) تهذيب الاحكام ٩/٤ ، ح١٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٩/٤ ، ح١٢ .

(٣) النهاية ص١٧٦ .

الرجل يقرض المال للرجل السنة والسنتين والثلاث أوماشاء الله ، على من الزكاة؟ على المقرض أو المقترض ؟ فقال : على المقترض ، لان له نفعه فعليه زكاته[١] .

نص عليه السلام على العلة ، فكانت أبلغ في التنصيص ، وأبلغ من هذه الرواية رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام[٢] .

احتج الشيخ رحمه الله بعموم قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»[٣] وبرواية منصور بن حازم الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استقرض مالا وحال عليه الحول وهو عنده ، فقال : ان كان الذي أقرضه يؤدي زكاته فلا زكاة عليه ، وان كان لايؤدي أدى المستقرض[٤] . والعام يخص للدليل .

والرواية غير دالة على موضع النزاع ، بل يدل على سقوط الزكاة عن المقترض مع تبرع المقرض بالاداء ، والنزاع انما وقع في اللزوم .

قال رحمه الله: لاتجب الزكاة في غير الاجناس الاربعة من الغلات : الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، لكن يستحب فيما عداها من الحبوب ممايدخله المكيال والميزان ، كالذرة والارز والعدس والسلت والماش والعلس . وقيل : السلت كالشعير ، والعلس كالحنطة في الوجوب ، والاول أشبه .

اقول: هذا القول ذهب اليه الشيخ رحمه الله . وفسر السلت بأنه نوع من الشعير . والعلس بأنه نوع من الحنطة ، قال ويقال : انه اذا ديس بقي حبتين في كمام ، ثم لايزال كذلك حتى يدق ، أو يطرح في رحى خفيفة ولايبقى بقاء الحنطة ، وانما بقاؤه في كمامه ، ويزعم أهله أنها اذا هرست ، أوطرحت في رحى

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/٣٣ ، ح٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٣٣ ، ح٩ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٩٣ ، برقم: ١٧٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣/٣٢ - ٣٣ ، ح٧ .

خفيفة ، خرجت على النصف[١] .

وماذكره الشيخ من التفسير قد ذكره الجوهري[٢] .

والحق الاستحباب ، عملا باصالة البراءة السالمة عن المعارض ، ويؤيده رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : الزكاة على تسعة أشياء : الذهب والفضة ، والحنطة والشعير والتمر والزبيب ، والابل والبقر والغنم ، وعفى رسول الله صلى الله عليه وآله عما سواهن[٣] . وغير ذلك من الروايات .

واحتجاجه بصدق اسم الشعير والحنطة عليهما، فيدخلان تحت العموم الدال على وجوب الزكاة عليهما ضعيف، لانا نمنع صدق اسم الشعير على السلت حقيقة وكذا صدق اسم العلس، نعم يصدقان مجازاً ، والمجاز لايصار اليه بدون القرينة ولاقرينة هنا .

قال رحمه الله : والحد الذي تتعلق به الزكاة من الاجناس أن يسمى حنطة أو شعيراً أو تمراً أو زبيباً . وقيل : بل اذا احمر ثمر النخل ، أو اصفر، أو انعقد الحصرم ، والاول أشبه .

اقول : القول الاخير هو المشهور بين الاصحاب . وأما الاول ، فلاأعرف قائلا به من علمائنا ، وانما هو شيء اختص به رحمه الله في هذا الكتاب وغيره من مصنفاته ، عملا بظاهر النقل ، وتمسكاً بمقتضى الاصل .

وتظهرفائدة الخلاف قبل صيرورته تمراً أو زبيباً أو حنطة أو شعيراً ، فعلى مااختاره رحمه الله لايضمن . وعلى قول الاصحاب يضمن ، لتحقق الوجوب .

احتج الشيخ رحمه الله بأن البسر يسمى تمراً لغة . قال صاحب الصحاح :

---

(١) المبسوط ١ /٢١٧ .

(٢) صحاح اللغة ٢ /٩٤٩ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤ /٣ ، ح٤ .

البسر أوله طلع ، ثم خلال ، ثم بلح ، ثم بسر ، ثم رطب ، ثم تمر[١] فتجب فيه الزكاة ، عملا بالروايات المشهورة الدالة على وجوب الزكاة في التمر .

والجواب : نسلم أنه يسمى تمراً لاحقيقة لكن مجازاً ، بدليل سبق غيره الى الفهم ، والمجاز انما يصار اليه للقرينة ، ولاقرينة في الاحاديث دالة على ارادة البسر من لفظ التمر ، فأما دعواهم فيما عدا البسر فتحكم محض .

قال رحمه الله: ولاتجب الزكاة الا بعد اخراج حصة السلطان والمؤن كلها على الاظهر .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن زكاة الزرع بعد اخراج جميع مؤونته كاجرة السقي والعمارة والحافظ والمعاون في صرام وحصاد وماأشبههما ، وقال في المبسوط[٢] والخلاف[٣]: ان ذلك على رب المال دون الفقراء ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأحمد .

لنا ـ أن المؤونة سبب النمو والحفظ ، فتكون على الجميع ، أعني : على المستحق والمالك ، اذ هو مشارك له .

الثاني: الاصل براءة ذمة المالك من وجوب الدفع، ترك العمل به في صورة احراج الزكاة للاجماع ، فيبقى الباقي على أصله .

الثالث : التمسك بظاهر قوله عليه السلام « لاضرر ولااضرار »[٤]. احتجوا بقوله عليه السلام : فيما سقت السماء العشر ، أو نصف العشر[٥]. فلو أخرجت المؤونة

---

(١) صحاح اللغة ٢ / ٥٨٩ .

(٢) المبسوط ١/٢١٧ .

(٣) الخلاف ١ / ٣٢٩ مسألة ٧٧ .

(٤) عوالى اللئالى ١ / ٣٨٣ و٢ / ٧٤ و٣ / ٢١٠ .

(٥) تهذيب الاحكام ٤ / ١٤ ، ح٢ .

لقصر نصيب الفقراء عن هذا الفرض ، والعام يخص للدليل ، وقد بيناه .

و أجاب عنه في المعتبر[١] بأنه غير متناول لصورة النزاع ، لان العشر مما يكون له نماء وفائدة ، فلايتناول المؤونة ، وأنت تعرف [ضعف][٢] هذا الجواب .

قال رحمه الله: اذاكان له نخل تطلع مرة واخرى تطلع مرتين، قيل :لايضم الثاني الى الاول ، لانه في حكم ثمرة سنتين وقيل : يضم ، وهو الاشبه .

أقول: القول الاول ذكره الشيخ في المبسوط[٣] ، محتجاً بماذكره المنصف والحق أنها تضم ،كما لو اختلفت في الادراك ، أو الاطلاع ، أو فيهما ، وحجته منقوضة بعين ماذكرناه من الدليل .

قال رحمه الله: لوصارت الثمرة تمراً والمالك حي، ثم مات ،وجبت الزكاة وان كان دينه يستغرق تركته . ولو ضاقت التركة عن الدين قيل: يقع التحاص بين أرباب الزكاة والديان ، وقيل : تقدم الزكاة ، لتعلقها بالعين قبل تعلق الدين بها ، وهو الاقوى .

أقول: القول الاول اختاره الشيخ في المبسوط[٤]، محتجاً بأنهما حقان على عين واحدة ولا أولوية ، فوجب التقسيط ، والثاني قول بعض علمائنا ، ولعله الاقرب لوجهين :

الاول : الزكاة واجبة في العين مطلقاً ، والدين ثابت في الذمة ، وانما تعلق بالعين بعد موته ، ولاجرم أن الاول أسبق ، فكان أولى عملا بالمناسبة ، وهو

---

(١) المعتبر ٢/٥٣٣ .

(٢) الزيادة من هامش «س» .

(٣) المبسوط ١/٢١٥ .

(٤) المبسوط ١/٢١٨ .

جواب حجته .

الثاني : قوله عليه السلام : دين الله أحق أن يقضى[١].

قال رحمه‌الله: اذا ملك نخلا قبل بدو صلاحه ، فزكاته عليه. وكذا لو اشترى ثمرة على الوجه الذي يصح ، فان ملك الثمرة بعد ذلك ، فالزكاة على المملك، والاولى الاعتبار بكونه تمراً لتعلق الزكاة بما يسمى تمراً لابما يسمى بسراً .

أقول: هذه المسألة التى ذكرها مبنية على مسألة التعلق ، فكل من قال بتعلق الزكاة عند بدو الصلاح ، أوجب الزكاة هنا على المالك ، وكل من لم يقل به لم يوجبها عليه ، بل على المشتري .

ولما كان مذهبه تعلق الزكاة بما يسمى تمراً ، لاجرم لم يروجوبها عليه ، بل على المشتري .

قال رحمه الله : ولو كان بيده نصاب بعض حول ، فاشترى به متاعاً للتجارة ، قيل: كان حول العرض حول الاصل ، والاشبه استئناف الحول .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله ، فقال : اذا اشترى عرضاً للتجارة بدراهم أو دنانير ، كان حول السلعة حول الاصل . والحق الاستئناف ، وهو اختياره في المعتبر[٢].

لنا ـ أنه مال لم يحل عليه الحلول ، فلا تجب فيه الزكاة . أما الصغرى فظاهرة ، اذ التقدير ذلك . وأما الكبرى فلقوله عليه السلام: لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول[٣]. وقد بينا في الاصول أن النكرة في سياق النفي للعموم .

أحتج بأن زكاة التجارة متعلقة بالقيمة ، فكانا كالمال الواحد ، فلا يعتبر لهما

---

(١) صحيح البخارى ٢/١٣٩ .

(٢) المعتبر ٢/٥٤٧ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢١٠ و٢/٢٣١ .

حول بانفرادها . وهو منقوض بنصب الابل الخمسة ، فان الزكاة ثم متعلقة بالقيمة مع أن الحول معتبر فيها اجماعاً .

قال رحمه الله : اذا ملك أحد النصب الزكاتية ، سقطت زكاة التجارة ، ووجبت زكاة المال ، ولاتجتمع الزكاتان، ويشكل ذلك على القول بوجوب زكاة التجارة .

اقول : الاشكال في تخصيص احداهما بالوجوب دون الاخرى ، لا في وجوبهما معاً، فان ذلك لم يقل به أحد، فذهب الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2] الى وجوب زكاة العين ، لان وجوبها [متفق عليه ، فكان أولى ، ولاختصاص وجوبها][3] بالعين ، بخلاف زكاة التجارة . وذهب بعض فقهاء الجمهور الى وجوب زكاة التجارة ، ولانها أجزل حظاً للمساكين .

ويضعف الاول بأن الاتفاق على الوجوب ليس بمرجح[4] عند القائل بوجوب زكاة التجارة . وكذا اختصاص وجوبها بالعين، ولانسلم أن مراعاة الحظ للمساكين لازمة ، ولو قيل بالتخيير كان وجهاً .

فرع :

ان كان عنده عبد أوعبيد للتجارة قيمتهم[5] نصاب، وجبت عند حؤول الحول زكاة الفطرة والتجارة ، لاختلاف التعلقين .

قال رحمه الله : لو عاوض أربعين سائمة بأربعين سائمة للتجارة ، سقط

---

(١) المبسوط ١ / ٢٢٢ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٤٣ .

(٣) مابين المعقوفتين من «س» .

(٤) في «م» : مرجحاً .

(٥) في «س» : فقيمتهم .

وجوب المالية والتجارة، واستأنف الحول فيهما، وقيل: بل يثبت زكاة المال مع تمام الحول دون التجارة، لان اختلاف العين لايقدح في الوجوب مع تحقق النصاب في الملك، والاول أشبه.

أقول: قد مر مثل هذه المسألة في أول باب الزكاة، فلاحاجة الى التطويل فليطلب من هناك. ولو عكس الشيخ هنا كان أجود، لان مال التجارة لايشترط بقاء عينه طول الحول، بناءاً على مذهبه من تعلق الزكاة بالقيمة هنا.

قال رحمه الله: اذا ظهر في مال المضاربة الربح، كانت زكاة الاصل على رب المال لانفراده بملكه، وزكاة الربح بينهما، يضم حصة المالك الى ماله ويخرج منه الزكاة، لان رأس ماله نصاب. ولايستحب في حصة الساعي زكاة الا أن يكون نصاباً.

وهل يخرج قبل أن ينض المال؟ قيل: لا، لانه وقاية لرأس المال. وقيل: نعم، لان استحقاق الفقراء أخرجه عن كونه وقاية، وهو أشبه.

أقول: هذه المسألة تردد فيها الشيخ في المبسوط[1]، من تعجيل الاخراج وتأخيره الى القسمة.

ووجه الاول أن الربح يملك الفقراء منه قسطاً بظهوره، فيخرج عن كونه وقاية، والا اجتمع النقيضان.

ووجه الثاني أن ربح العامل وقاية لرأس مال المضاربة اجماعاً، فيجب تأخير الاخراج حتى يقسم، والا خرج عن كونه وقاية، وقد فرضناه كذلك، هذا خلف.

قال رحمه الله: أصناف المستحقين للزكاة سبعة: الفقراء والمساكين، وهم الذين تقصر أموالهم عن مؤونتهم[2]. وقيل: من يقصر ماله عن أحد النصب الزكاتية

---

(١) المبسوط ١/٢٢٣.

(٢) في الشرائع: مؤونة سنتهم.

ثم من الناس من جعل اللفظين بمعنى واحد ، ومنهم من فرق بينهما في الاية ، والاول أشبه .

أقول : ليس في تحقيق معنى المسكين والفقيرفائدة في باب الزكاة، وربما كان في غيرها ، لان الزكاة تدفع اليهما معاً .

وانما الفائدة في تحقيق الضابط الذي باعساره يستحق الزكاة، فذهب الشيخ في الخلاف[١] الى أن الضابط أن لايكون مالكاً لاحد النصب الزكاتية ، أوقيمته فمتى كان مالكاً لشيء من ذلك حرم عليه الاخذ .

وقال في المبسوط : وفي أصحابنا من قال : من ملك نصاباً تجب فيه الزكاة تحرم عليه الصدقة ، وذلك قول أبي حنيفة[٢].

وللشيخ قول آخر : ان الضابط أن لايكون قادراً على تحصيل المؤونة لـه ولعياله ، وهو الوجه ، واختاره في المعتبر[٣].

لنا ــ قوله عليه السلام : لاتحل الصدقة الا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يجد سداداً من عيش ، أو قواماً من عيش[٤]. والروايات المشهورة الصحيحة عنهم عليهم السلام .

قال رحمه الله في صفات العاملين : وفي اعتبار الحرية تردد .

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى اشتراط الحرية في العامل ، والوجه عدم الاشتراط ، وهو فتوى شيخنا .

لنا ــ انه نوع اجارة ، والعبد أهل لها .

احتج الشيخ أن العامل انما يستحق النصب بعمله ، والعبد ليس من أهله ،

---

(١) الخلاف ٣٧٢/١ .

(٢) المبسوط ٢٥٧/١ .

(٣) المعتبر ٥٦٦/٢ .

(٤) سنن أبي داود ١٢٠/٢ .

ومولاه لم يعمل .

والجواب : عمل العبد كعمل المولى .

قال رحمه الله : وفي الرقاب وهم ثلاثة : المكاتبون ، والعبيد تحت الشدة، والعبد يشترى ويعتق وان لم يكن في شدة ، لكن بشرط عدم المستحق . وروي رابع ، وهو من وجب عليه كفارة ولم يجد ، فانه يعتق عنه ، وفيه تردد .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في النهاية[١] رواية .

وفي المبسوط : وأما سهم الرقاب، فانه يدخل فيه المكاتبون اجماعاً ــ وأراد بذلك اجماع الخاصة والعامة ــ وعندنا أنه يدخل فيه العبيد اذا كانوا في شدة فيشترون ويعتقون عن أهل الصدقات، وتكون ولاؤه لارباب الصدقات . ولم يجز ذلك أحد من الفقهاء ــ وعنى بذلك فقهاء الجمهور ــ وروى أصحابنا أن من وجب عليه عتق رقبة في كفارة ولايقدر على ذلك جاز أن يعتق عنه ، والاحوط أن يعطي ثمن الرقبة ، لكونه فقيراً ، فيشتري هو ويعتق عن نفسه[٢].

ولم يذكر ذلك أحد من علمائنا غيره ، وماذكره رحمه الله حسن ، فيكون حينئذ اعطاؤه من سهم الغارمين ، لان القصد ابراء ذمته من الكفارة . ويحتمل اعطاؤه من سهم الرقاب ، اذ المقصود اعتاق الرقبة .

ووجه التردد تساوي الاحتمالين عنده رحمه الله ، وهو اختياره في المعتبر[٣].

قال رحمه الله : ولو ادعى المكاتب أنه كوتب قيل : يقبل . وقيل : لايقبل، الا بالبينة أو يحلف ، والاول أشبه ، ولو صدقه مولاه قبل .

اقول : اذا ادعى العبد الكتابة ففيه صور ثلاث :

---

(١) النهاية ص١٨٤ .

(٢) المبسوط ١/ ٢٥٠ .

(٣) المعتبر ٢/ ٥٧٤ .

الاولى : أن ينضم الى دعواه تصديق المولى ، والاقوى القبول ، لانهاقرار في حقه ، فيكون نافذاً . والمقدمتان ظاهرتان ، وحكى الشيخ أنه لايقبل، لجواز المواطاة . واختار الاول في من عرف أن له عبداً[١]، والثاني في من لاعرف له ذلك .

الثانية : أن يصادف دعواه انكار المولى ، فهذا لايقبل قوله اجماعاً ، الا أن يقيم البينة على ذلك .

الثالثة: أن تتعرى الدعوى عنهما جميعاً، فجزم الشيخ رحمه الله بعدمالقبول الا مع البينة ، عملا بأصالة بقاء الرق ، فيستصحب الى ظهور المنافي . والحق القبول ، وهو فتوى شيخنا .

لنا ــ أنه مسلم ادعى أمراً ممكناً ، ولم يظهر ماينافيه ، فيصار الى دعواه .

قال رحمه الله : والغارمون ، وهم المدينون في غير معصية الله ، فلوكانفي معصية لم يقض عنه ، نعم لو تاب صرف اليه من سهم الفقراء ، وجاز أن يقضي هو . ولو جهل في ماذا أنفقه قيل : يمنع . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

اقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية[٢]، عملا بظاهر رواية محمد ابن مسلم عن الرضا[٣] عليه السلام قال قلت : فهو لايعلم في ماذا أنفقه في طاعة أم في معصية ، قال : يسعى في ماله فيرده عليه وهو صاغر[٤].

ولان الانفاق في غير المعصية شرط فيجواز الدفع، وهو لايتحقق مع الجهل

(١) في «س» : عرف له عبد .

(٢) النهاية ص١٨٤ .

(٣) كذا في النسختين ، وفي المعتبر : رواية محمد بن سليمان عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا محمد عن الرضا عليه السلام .

(٤) المعتبر ٢/٥٧٦ .

والرواية ضعيفة السند ، والطاعة والمعصية من الامور الباطنة ، فيمتنع التكليف بالعلم بها ، بل يكفي غلبة الظن ، وهي حاصلة هنا .

والقول الثاني ذكره ابن ادريس ، وهو الحق ، تنزيلا لتصرف المسلم على المشروع .

قال رحمه الله : ولودفع الغارم مادفع اليه من سهم الغارمين في غير القضاء أرتجع على الاشبه .

اقول : ذهب الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2] الى أنه لايرتجع ، لحصول الملك بالقبض ، والحق الارتجاع لمخالفته قصد المالك . وقوله رحمه الله « الملك حصل بالقبض » ممنوع ان أراد مطلق الملك ، بل ملكه ليصرفه في وجه خاص ، فلايسوغ له غيره .

قال رحمه الله : ولو ادعى أن عليه ديناً الى آخره .

أقول : البحث في هذه المسألة كالبحث في مسألة المكاتب ، وقد استقصينا الكلام فيها ، فليطلب من هناك .

قال رحمه الله : وفي سبيل الله ، وهو الجهاد خاصة . وقبل : يدخل فيه المصالح ،كبناء القناطر ، والحج ، ومساعدة الزائرين ، وبناء المساجد ، وهو الاشبه .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في النهاية الى أن السبيل المذكور في الاية مختص بالجهاد ، اذ هو المتبادر الى الذهن عند الاطلاق، ونمنع ذلك ، وهوقول المفيد رحمه الله ، واختاره سلار .

(١) المبسوط ١/ ٢٥١.
(٢) الخلاف ٢/ ١٣٤ .
(٣) النهاية ص١٨٤ .

وأطبق باقي الاصحاب عدا ابن الجنيد على الثاني . وأما ابن الجنيد،فخصه بالمرابط والمجاهد وتعلم الاداب منصل بالدليل ، وهو الحق .

لنا ـ أن السبيل في اللغة هو الطريق ، فاذا أضيف الى الباري تعالى كان عبارة عن كل مايكون وصلة اليه تعالى ، اذ الاضافة تفيد اختصاص المضاف بالمضاف اليه ، ولاجرم أن ذلك غيرمختص بالجهاد حقيقة، والمجاز انما يصار اليه للقرينة وحيث لاقرينة فلاضرورة .

قال رحمه الله : الثاني العدالة ، وقد اعتبرها كثير ، واعتبر آخرون مجانبة الكبائر ، كالخمر والزنا ، دون الصغائر وان دخل بها في جملة الفساق ، والاول أحوط .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى اعتبارها الا في المؤلفة ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه ، والظاهر من كلام شيخنا المفيد كرم الله محله ، واختاره أبو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس . وذهب ابنا بابويه الى أن العدالة غير معتبرة ، واختاره سلار .

والاول أشبه ، وهو القول لابن ادريس ، واعتبر ابن الجنيد مجانبة الكبائر حسب .

احتج الاولون بوجوه :

الاول: الاحتياط ، اذ مع اعطائها من هذه صفته تحصل البراءة قطعاً،بخلاف الدفع الى الفاسق .

الثاني: التمسك بالظواهر من الايات، والسنة المقطوع بها الدال على النهي عن معونة الفاسق .

الثالث : مارواه داود الصيرفي قال : سألته عن شارب خمر يعطى من الزكاة

شيئاً ، قال : لا[١]. وهذه الرواية هي حجة ابن الجنيد .

واحتج الاخر بظاهر الاية ، ترك العمل بـه في غير المؤمن ، للاتفاق عليه ، فيبقى الباقي على عمومه ، وغير ذلك مـن الاحاديث المشهورة من طرقنا وطرق الجمهور أيضاً ، والاحتياط معارض بأصالة البراءة، والايات التي أشاروا اليهالم يذكروها .

ونحن مارأينا في القرآن شيئاً يدل على النهي عن ذلك . لاقطعاً ولاظاهراً ، بل وجد مايدل بظاهره على المنع من معاونة الفاسق على فسقه ، وهوغير صورة النزاع ، والرواية مقطوعة السند ، فلاحجة فيها .

قال رحمه الله : والذيـن يحرم عليهم الصدقة الواجبة من ولد هاشم خاصة على الاظهر ، وهم الان أولادأبي طالب والعباس والحارث وأبي لهب .

اقول : المشهور أن الذين يمنعون الزكاة الواجبة من ولده عبدالمطلببن هاشم ، وهم اليوم أولاد أبي طالب والعباس والحارث وأبي لهب ، لقوله عليه السلام: ان الصدقة لاتحل على بني عبدالمطلب[٢]. وقول جعفربن محمد عليهما السلام انالصدقة لاتحل لولد العباس ولالنظرائهم من بني هاشم[٣].

وعلى تحريمها على هؤلاء اجماع الامامية ، بل اجماع الامة ، وهـل يحرم على بني المطلب[٤]؟ قال ابن الجنيد : نعم ، وهو ظاهر كلام المفيد في الرسالـة العزية[٥]، لانه سوغ لهم أخذ الخمس . وأطبق باقي علمائنا على خلافه ، وهو

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/٥٢ ، ح٩ ، وفيه عن داود الصرمى .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٥٨ ، ح٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٥٩ ، ح٥ .

(٤) قال فى هامش «س»: فى نسخة الشيخ « عبدالمطلب » وفيه مافيه .

(٥) الرسالة العزية ـ مخطوط .

الوجه .

لنا ـ الاصل الجواز ، وعموم قوله تعالى « انما الصدقات للفقراء »[١] ترك العمل به في بعض الصور ، فيجب العمل به في الباقي الى ظهور المخصص .

احتجا بقوله عليه السلام : أنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولااسلام ، نحن وهم شيء واحد[٢]. ورواية زرارة الحسنة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لوكانعدل مااحتاج هاشمي ولامطلبي الى صدقة ، ان الله جعل لهم في كتابه ماكان فيه سعتهم ولايحل لاحد منهم[٣]. واذا كانوا مستحقين للخمس حرمت عليهم الزكاة ، اذ لا قائل بالفرق .

والحديث الاول غير دال على صورة النزاع ، اذ عدم الافتراق غير دالعلى المساواة في تحريم الزكاة ، بل المراد به الاتفاق في الكلمة ، اذ هو المتبادرعند الاطلاق . وأما الخبر المروي من طرقنا ، فضعيف السند ، فلايخص به عموم القرآن .

فائدة :

هاشم وعبد شمس والمطلب ونوفل وأبو عمرو أولاد المغيرة ، وكنيته عبد مناف . فأما هاشم ، فأعقب جماعة منهم عبدالمطلب ، وكلهم لم يعقبوا الا عبد المطلب ، فانه أعقب عشرة ، منهم الذكور ، وستاً من الاناث .

ولم يعقب من أولاد عبدالمطلب الذكور سوى خمسة ، وهم : عبدالله وأبو طالب والعباس والحارث وأبو لهب ، وانما سمي عبدالمطلب بهذا الاسم ، لان

---

(١) سورة التوبة : ٦٠ .

(٢) المعتبر ٥٨٥/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٤ ، ح٦ .

عمه كان اذا ركب أردفه خلفه ، فنسب اليه .

قال رحمه الله : لو طلب الامام الزكاة وجب صرفها اليه ، ولو فرقها المالك والحال هذه قيل : لايجزي . وقيل : يجزي وان أثم ، والاول أشبه .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط[١] الى عدم الاجزاء ، وهو الحق . وذهب بعض الاصحاب الى أنه يجزي .

لنا ـ أنه لم يأت بالمأمور بـه على وجهه ، فيبقى فـي عهده التكليف . أما الاولى فظاهرة ، اذ لاخلاف في وجوب دفعها الى الامام عند طلبها . وأما الكبرى فاجماعية .

احتج الاخرون بأنه قد دفع المال الى مصرفه ، فخرج عن العهدة ، ونمنع المقدمة الاولى ، اذ مصرفها مع طلب الامام دفعه اليه ليفرقه في أماكنه .

قال رحمه الله : المملوك الذي يشترى من الزكاة اذا مات ولاوارث له ورثه أرباب الزكاة . وقيل : بل يرثه الامام ، والاول أظهر .

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، بل لاأعرف له مخالفاً منا وقد ادعى بذلك في المعتبر ، حيث قال : وعليه علماؤنا[٢] .

ونقل صاحب كشف الرموز[٣] القول الثاني عن ابن ادريس ، وهو غلط ، فان ابن ادريس لم يقل بذلك ، بل أفتى بما قلناه نحن .

ومستند هذا القول مارواه عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أخرج زكاة ماله ، فلم يجد لها موضعاً ، فاشترى بـه مملوكاً فأعتقه ، هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم لابأس بذلك . قلت : فانه اتجر واحترف فأصاب مالا ،

---

(١) المبسوط ١/٢٣٣ .

(٢) المعتبر ٢/٥٨٩ .

(٣) كشف الرموز للابي ـ مخطوط .

ثم مات وليس له وارث فمن يرثه ؟ قال : يرثه الفقراء الذين يستحقون الزكاة لانه انما اشترى بمالهم[١] .

والقول الثاني محتمل للاجماع،على أن الامام وارث من لاوارث له ،ونمنع أنه انما اشترى بمالهم ، لانه أحد مصارفها ، والرواية ضعيفة السند ، فان في طريقها ابن فضال وهو فطحي ، وابن بكير[٢]وهومطعون فيه والاقوى عندي الاول.

قال رحمه الله : اذا احتاجت الصدقة الى كيل ووزن ، كانت الاجرة على المالك . وقيل : يحسب من الزكاة ، والاول أشبه .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله . ولعل الثاني أقرب .

لنا ـ ان دفع الزكاة على المزكي واجب مطلقاً ، ولايتم الا بالكيل والوزن ومالايتم الواجب الا به فهو واجب ، والا لخرج الواجب عن كونه واجباً ، أو لزم تكليف مالايطاق ، والثاني بقسميه باطل ، فكذا المقدم .

احتج على الثاني باصالة براءة الذمة ، ولان ايجاب ذلك مخالف [لظاهر الاية ، فلا يصار اليه الابدليل قاطع،والاصل يخالف][٣] للدليل ، ومخالفة الظاهر انما يكون باثبات ماينافيه ، أو ينفي ماهيته ، أما اثبات مالايدل عليه لفظ الاية لا اثباتاً ولانفياً بدليل آخر ، فليس لمخالفة الظاهر ، فافهمه .

لايقال : التخصيص بالذكر يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور .

لانا نقول : هذا بناء على قاعدة فاسدة ، قد بينا فسادها في كتب الاصول .

قال رحمه الله : أقل مايعطى الفقير مايجب في النصاب الاول عشرة قراريط

---

(١) فروع الكافي ٣/٥٥٧ ، ح٣ .

(٢) والعجب من الطعن فيهما ، فانهما من عيون الثقاة ، كما نص على ذلك أرباب الرجال .

(٣) مابين المعقوفتين من «س» .

أو خمسة دراهم ..وقيل : مايجب في النصاب الثاني قيراطان أو درهم . والاول أكثر .

أقول : القول الاول مذهب أكثر الاصحاب ، ومستنده الاحاديث الصحيحة المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني مذهب السيد المرتضى فى المسائل المصرية[١] .

وللاصحاب قول ثالث ، وهو عدم التقدير في جانب القلة أيضاً ، وهواختيار ابن ادريس ، عملا بظاهر الايات الدالة على وجوب ايتاء الزكوات .

قال رحمه الله: اذا قبض الامام الزكاة ، دعا لصاحبه وجوباً . وقيل: استحباباً وهو الاشهر .

أقول : القولان للشيخ رحمه الله ، لكن الثاني أقوى ، عملا بالاصل .

احتج بقوله تعالى «وصل عليهم»[٢] والمراد بالصلاة معنى الدعاء اجماعاً ، والامر للوجوب .

والجواب : يحمل على الاستحباب جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله تعالى : اذا أهل الثاني عشر ، وجب دفع الزكاة ، ولايجوز التأخير الا لمانع ، أو لانتظار من له قبضها . واذا عزلها جاز تأخيرها الى شهر أو شهرين .

والاشبه أن التأخير انكان لسبب مبيح، دام بدوامهولايتحدد . وانكان اقتراحاً لم يجز ويضمن ان تلفت .

---

(١) المسائل المصرية للشريف المرتضى ـ مخطوط .

(٢) سورة التوبة : ١٠٣ .

أقول : هذا القول ذهب اليه الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] استناداً الى رواية حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قلت : زكاتي يحل على شهر ، أفيصلح أن احبس منها شيئاً ؟ مخافة أن يجيئني من يسألني ، فقال: اذا حال الحول فأخرجها من مالك ، ولاتخلطها بشيء ، وأعطها كيف شئت . قلت : وان أنا كتبتها وأثبتها أيستقيم لي ذلك ؟ قال : نعم[٣] .

والحق ماذكره المصنف ، وهو اختيار ابن بابوية وشيخنا المفيد قدس الله روحه وابن ادريس .

لنا ـ أنها عبادة موقتة بوقت ، فلايجوز تأخيرها عن وقتها الا لعذر . أما الصغرى فظاهرة ، اذ لاخلاف فيها . وأما الكبرى فلانه لولا ذلك لكان التوقيت عبثاً ، والثاني باطل اجماعاً فالمقدم مثله ، والشرطية ظاهرة ، والرواية معارضة بالاحاديث الكثيرة الدالة على مااخترناه ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .

قال رحمه الله: ولو كان النصاب يتم بالقرض ، لم تجب الزكاة ، سواء كانت عينه باقية أو تالفة ، على الاشبه .

أقول : قال الشيخ فى الخلاف[٤] والمبسوط[٥] : اذا كان له أربعون شاة فعجل شاة وحال الحول ، جاز الاحتساب له بها من الزكاة ، اذ المعجل دين ومع التمكن من استعادته يكون كالحاصل عنده ،فلايكون النصاب ناقصاً حينئذ . والحق سقوط الزكاة .

---

(١) النهاية ص١٨٣ .

(٢) المبسوط ٢٢٧/١ .

(٣) فروع الكافى ٥٢٢/٣ ، ح٣ .

(٤) الخلاف ٣١٨/١ مسألة ٤٥ .

(٥) المبسوط ٢٢٧/١ - ٢٢٨ .

لنا ـ انه مال ناقص عن النصاب ، فلاتجب فيه الزكاة . والمقدمتان ظاهرتان هذا تلخيص كلام المصنف .

وفيه نظر ، فان الشيخ رحمه الله بنى ذلك على مذهبه من ايجاب زكاة الدين على صاحبه ، اذا كان التأخير من جهته ، ولاريب أن هذا المعنى موجود هنا ، فيثبت الحكم ، لكن هذا قد بينا ضعفه فيما سلف .

قال رحمه الله : وتتعين النية عند الدفع ، ولو نوى بعد الدفع لم أستبعد جوازه .

اقول : عندي في هذه المسألة نظر ، ينشأ : من قوله تعالى « وماأمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء »[1] أمر بايقاع العبادة حالة الاخلاص ، وهو لايتحقق[2] الا مع مقارنة النية للدفع .

لايقال: لولم يجز تأخير النية عن وقت الدفع ، لما جاز نقل الزكاة المخرجة عن المال الغائب الى غيره مع ظهور تلفه ، والثاني باطل ، فالمقدم مثله والشرطية ظاهرة ، اذ التقدير مع شرط السلامة أنه حال الدفع لم ينو الاخراج الا عن المال الغائب لاغيره .

لانا نقول : بموجبه ،كما هو مذهب الشيخ في المبسوط[3] سلمنا لكن الفرق بين الصورتين ظاهر ، فان الظاهر عند الاطلاق التطوع ، فلا يجوز انشاء النية بعد الدفع .

بخلاف هذه الصورة، اذ الفقير لم يملك المدفوع زكاة بل قرضاً، اذ المالك انما نواه زكاة بتقدير سلامة المال ، ومع ظهور التلف يبقى مستحقاً في يدالفقير

---

(١) سورة البينة : ٥ .

(٢) فى هامش «س» : لانسلم ذلك .

(٣) المبسوط ١ / ٢٣٢ .

للمالك ، فيجوز نقله الى غيره من أمواله ، بل ويجوز انتزاعه عملا بقوله عليه السلام : الناس مسلطون على أموالهم[١] .

قال رحمه الله : ولو أخرج عن ماله الغائب ان كان سالماً ، ثم بان تالفاً ، جاز نقلها الى غيره ، على الاشبه .

اقول : قد تقدم البحث في هذه المسألة في المسألة السابقة مفصلا ، فلاوجه لاعادته .

قال رحمه الله : ولولم ينو رب المال ونوى الساعي أو الامام عند التسليم فان أخذها الساعي كرهاً جاز ، وان أخذها طوعاً قيل : لايجزي . والاجزاء أشبه .

اقول : قال في المبسوط : ولو نوى الامام ولم ينو رب المال ، فان كان أخذها منه كرهاً أجزأه ، لانه لم يأخذ الاالواجب . وان أخذها طوعاً ولم ينو رب المال ، لم يجزه فيما بينه وبين الله تعالى ، غير أنه ليس للامام مطالبته دفعة ثانية[٢] .

والحق الاجزاء مع التطوع أيضاً .

لنا ـ وجوه :

الاول : انه أتى بالمأمور به على وجهه ، فيخرج عن العهدة ، أما الاولى فلقوله تعالى «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها»[٣] ولاخلاف أن المراد بها الزكاة . وأما الثانية فظاهرة .

الثاني : اصالة براءة الذمة من وجوب الدفع ثانياً ، ترك العمل بها في بعض الاماكن للدليل ، فيبقى الباقي على أصله .

---

(١) عوالى اللئالى ٢٢٢/١ و٤٥٧ و١٣٨/٢ و٢٠٨/٣ .

(٢) المبسوط ٢٣٣/١ .

(٣) سورة التوبة : ١٠٣ .

الثالث : عبادة قابلة للنيابة في الدفع اجماعاً ، فأجزأه نيابة الامام في النية ، كاجزائه في الدفع ،كما في الحج .

فرع :

لو أخذ الزكاة الجائز ، ففي الاجزاء قولان .

قال رحمه الله : لاتجب الفطرة على الفقير ، وهو من لايملك أحد النصب الزكاتية . وقيل : من تحل له الزكاة . وضابطه : أن لايملك قوت سنته له ولعياله ، وهو الاشبه .

اقول: ذهب الشيخ في النهاية[١]والمبسوط[٢] الى الاول ، وهو قول السيد المرتضى ، واختاره ابن البراج . وقال في الخلاف : تجب زكاة الفطرة على من ملك نصاباً زكاتياً أو قيمته[٣] .

وقال شيخنا المفيد قدس الله روحه : يشترط في وجوبها وجود الطول لها . ثم قال بعد : تجب على من عنده قوت السنة . وهو الحق ، واختاره في المعتبر[٤].

لنا ـ ان وجود الكفاية يمنع من أخذها ، فتجب عليه . أما المقدمة الاولى، فقد تقدم بيانها . وأما الثانية، فلقول الصادق عليه السلام : من حلت له لاتحل عليه،ومن حلت عليه لاتحل له[٥].

احتجوا بأصالة البراءة . وهو ضعيف ، لمامر من الادلة .

قال رحمه الله : الزوجة والمملوك تجب الزكاة عنهما ، وان لم يكونا في

---

(١) النهاية ص١٨٩ .

(٢) المبسوط ١/٢٣٩ .

(٣) الخلاف ١/٣٦٨ مسألة ٢٨ .

(٤) المعتبر ٢/٥٩٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٤/٧٣ ، ح١١ .

عياله ، اذا لم يعلهما غيره . وقيل : لاتجب الا مع العيلولة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : هل الفطرة تابعة للعيلولة أو الملك والتزوج ؟ فيه احتمال فان جعلناها تابعة للعيلولة، لم تجب الاخراج هنا، لاستحالة وجود التابع من حيث أنه تابع بدون المتبوع وان جعلناها تابعة للملك ، أو العقد الدائم مع الدخول ، وجبت .

ولعل الثاني أقرب ، لان السيد والزوج وان لم يعلهما حقيقة ، فهو عائل لهما حكماً ، لان مابيد العبد للمولى، ونفقة الزوجة لازمة للزوج اجماعاً، فتجب عليه قضاؤها .

قال رحمه الله : اذا أوصى له بعبد ، ثم مات الموصي ، فان قبل الوصية قبل الهلال ، وجبت عليه . وان قبل بعده سقطت . وقيل : تجب على الورثة . وفيه تردد .

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2] الى أنه لازكاة على الموصى له اذا قبل بعد الهلال ، ولاعلى الوارث ، أعني : وارث الموصي . وذهب بعض علمائنا الى وجوبها على الوارث هنا .

وهذه المسألة تبنى على أن قبول الموصى له هل هو كاشف أو ناقل ، فان قلنا بالاولى وجبت عليه . وان قلنا بالثاني ، وجبت على الوارث ، وسيأتي تحقيقه .

فرع :

وكذا البحث لو مات الموصى له أيضاً قبل الهلال ، ثم قبل ورثته الوصية بعد الهلال ، سواء كان موته قبل موت الموصي على الاصح ، أو بعده .

---

(١) المبسوط ١/ ٢٤٠ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٦٧ مسألة ٢٥ .

قال رحمه الله : ولو وهب له ولم يقبض ، لم تجب الزكاة على الموهوب. ولو مات الواهب ، كانت على الورثة . وقيل : لو قبل ومات ، ثم قبض الورثة قبل الهلال ، وجبت عليهم ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : ولو وهب له عند قبل الهلال ، فقبله ولم يقبض حتى استهل شوال ، فالفطرة على الموهوب له، لانه ملكه بالايجاب والقبول وليس القبض شرطاً في انعقاده ، ومن جعله شرطاً أوجبها على الواهب ، لبقاء ملكه . قال : وهو الصحيح عندنا[1].

فان قبل ومات قبل القبض وقبل الهلال وقبضه الورثة بعد دخول شوال، الزم الورثة فطرته ، وفيما ذكره في الورثة خلل من وجهين :

الاول : في ايجاب الفطرة على الورثة . والحق بطلان الهبة ، لان القبض شرط ولم يحصل ، وقد سلم هو ذلك في المسألة السابقة .

الثاني : سلمنا أن القبض ليس شرطاً ، كما اختاره في مسائل الخلاف، لكن تقييد الايجاب بالقبض ليس بجيد ، لتحقق الملك الموجب للفطرة بالقبول ، فلا معنى لاشتراط القبض حينئذ .

والظاهر أن مقصوده ايجاب الزكاة على الورثة من غير تعليق له على القبض فسقط الاعتراض الثاني اذن .

قال رحمه الله : ولاتقدير في عوض الواجب ، بل يرجع الى قيمة السوق وقدره قوم بدرهم ، وآخرون بأربعة دوانيق فضة، وليس بمعتمد ، وربما نزل على اختلاف الاسعار .

اقول : ظاهر قول بعض علمائنا يؤذن بهذا التقدير ، وربما كان تعويلا على

(١) المبسوط ١ / ٢٤٠ .

رواية[١] شاذة .

والحق أن الحوالة في التقدير على القيمة السوقية، وهو مذهب أكثر الاصحاب لرواية اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له : جعلت فداك ماتقول في الفطرة ؟ يجوز أن يؤديها فضة بقيمة هذه الاشياء التي سميتها ، قال : نعم ان ذلك أنفع له يشتري مايريد[٢].

قال رحمه الله : تجب الفطرة بهلال شوال ، ولايجوز تقديمها قبله ، الا على سبيل القرض ، على الاظهر .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى جواز تقديم الفطرة في شهر رمضان من أوله ، واختيار ابني بابوية رحمهما الله .

وذهب شيخنا المفيد الى أنه لايجوز الا على سبيل الاقتراض ، وهو ظاهر كلام سلار وابن البراج ، واختاره أبو الصلاح ، وهو فتوى ابن ادريس، وظاهر كلام الشيخ في الاقتصاد[٣].

احتج المجوزون بوجوه :

الاول : أن في تقديمها خيراً لحال الفقير ، فكان مشروعاً . أما الاولى فظاهرة وأما الثانية، فلان الاحكام منوطة بالمصالح عندنا، ولا مصلحة أهم من هذه المصلحة.

الثاني : الاستناد الى ظاهر الرواية عن الباقر والصادق عليهما السلام[٤] من طرق عدة.

الثالث : الاصل الجواز ، تـرك العمل بـه فيما قبل شهر رمضان للاجماع ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

---

(١) المقنعة ص٤١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/ ٨٦ ، ح٧ .

(٣) الاقتصاد ص٢٨٥ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤/ ٧٦ ، ح٤ .

واحتج المانعون بوجوه :

الاول : عبادة موقتة ، فلايجوز فعلها قبل وقتها . والمقدمتان ظاهرتان .

الثاني : لو جاز التقديم في شهر رمضان لجاز قبله ، والتالي باطل اجماعاً فكذا المقدم . بيان الشرطية : ان المقتضي للجواز جبر حال الفقير، وهذا المعنى موجود هنا ، فيثبت[١] الحكم عملا بالمقتضي .

الثالث : الاستناد الى ظاهر رواية العيص عن الصادق عليه السلام[٢].

قال رحمه الله : ويجوز اخراجها بعده، وتأخيرها الى قبل صلاة العيدأفضل فان خرج وقت صلاة العيد وقد عزلها ، أخرجها واجباً بنية الاداء ، وان لم‌يكن عزلها سقطت . وقيل : يأتي بها قضاءاً . وقيل : أداءاً . والاول أشبه .

أقول : البحث في هذه المسألة تتضح بتقديم تقدم مقدمة ، لو أخر دفعها عن الزوال لغير عذر أثم اتفاقاً منا ، ولانه تارك للمأمور به ، فيكون عاصياً ، والعاصي مستحق للعقاب .

أما الاولى فظاهرة ، اذ لاخلاف أنه مأمور بدفعها قبل الزوال .

وأما الثانية ، فلقوله تعالى «لايعصون الله ماأمرهم»[٣] « أفعصيت أمري »[٤].

وأما الثالثة ، فلقوله تعالى « ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها أبدا »[٥] أما لو كان لعذر ، فانه لايأثم اجماعاً منا .

اذا ثبت هذا فنقول : اذا أخر دفعها ، فاما أن يعزلها ــ أي : يفردها ــ عن

---

(١) في «س» : فثبت .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٧٥ ــ ٧٦ ، ح١ .

(٣) سورة التحريم : ٤ .

(٤) سورة طه : ٩٣ .

(٥) سورة الجن : ٢٣ .

ماله أو لا ، فان عزلها أخرجها مع الامكان ، وهـذا لاخلاف فيه أيضاً . وان لم يعزلها قال المفيد رحمه الله : سقط وجوبها ، ومثله قال في الخلاف[1]. وهوظاهر كلام أبي الصلاح وابن البراج ، وذهب الشيخ الى وجوب الاتيان بها أداءاً .

واحتج الاولون بوجوه :

الاول : أصالة براءة الذمة ، ترك العمل بها في وجوب الاخراج قبل الزوال للامر الدال عليه ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

الثاني : الفطرة عبادة موقتة اجماعاً ، وكل عبادة موقتة تفوت بفوات وقتها والقضاء انما يجب بأمر جديد ولم يوجد . أما الصغرى ، فاجماعية [اذلاخلاف في ذلك ، وان اختلفوا في أوله أو آخره . وأما الثانية فاجماعية][2] أيضاً .

الثالث: مارواه الاصحاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الفطرة ان أعطيت قبل الخروج الى صلاة العيد فهي فطرة ، وان أعطيت بعد مايخرج فهي صدقة[3].

واحتج الاخرون بالاحتياط، اذ مع الاخراج تحصل براءة الذمة قطعاً، بخلاف الثاني ، وسلوك الطريق المأمون أولى من سلوك المخوف عقلا ، فيكون كذلك شرعاً، لقوله عليه السلام : مارآه المسلمون حسناً ، فهوعند الله حسن[4]. وتعارض بمثله اذ اعتقاد ماليس بواجب واجب[5] خطأ .

احتج ابن ادريس بأن الزكاة المالية والبدنية انما تجب بدخول وقتها، فاذا دخل صار المكلف مخاطباً بأدائها الى أن يفعله، وهو ضعيف، لان وجوبها موقت أولا

(١) الخلاف ١ / ٣٧٢ .

(٢) ما بين المعقوفتين من «س» .

(٣) تهذيب الاحكام ٤ / ٧٦ ، ح٣ .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ١ / ٣٧٩ .

(٥) في «م» : واجباً .

وآخراً ، والا لما تضيقت عند الصلاة .

قال رحمه الله : لو وجد كنزاً في أرض موات من دار الاسلام ، فان لم يكن عليه سكة، أو كان عليه سكة الاسلام ، قيل: يعرف كاللقطة . وقيل : يملكه الواجد وعليه الخمس . والاول أشبه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما الكنوز التي توجد في بلاد الاسلام فان وجدت في ملك الانسان ، وجب أن يعرف أهله ، فان عرفه كان له . وان لم يعرفه ، أو وجدت في أرض لامالك لها ، فهي على ضربين : فان كان عليها أثر الاسلام ، مثل أن يكون عليها سكة الاسلام ، فهي بمنزلة اللقطة سواء ، وسنذكر حكمها في بابها .

وان لم يكن عليها أثر الاسلام ، أو كان عليها أثر الجاهلية من الصور المجسمة أو غير ذلك ، فانه يخرج منها الخمس ، ويكون الباقي لمن وجدها[1].

وقال في الخلاف[2] بالقول الثاني ، اذا لم يكن عليه أثر ملك ، واختاره ابن ادريس . والحق الاول .

لنا ـ أنه مال ضايع ، لابد لاحد عليه ، فتكون لقطة . أما الصغرى ، فلانه التقدير ، وأما الكبرى فاجماعية .

احتج في الخلاف بالعموم الدال على وجوب اخراج الخمس من الكنوز من غير فرق .

والجواب : العام يخص للدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله : الذمي اذا اشترى أرضاً من مسلم ، وجب فيها الخمس ، سواء كانت مما فيه الخمس ، كالارض المفتوحة عنوة ، أو ليس فيه ، كالارض

---

(١) المبسوط ١/ ٢٣٦ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٥٨ مسألة ١٤٨ .

التي أسلم عليها أهلها .

اقول : قال المصنف قدس الله روحه : الظاهر أن مـراد الاصحاب أرض الزراعة لاالمساكن ، وعندي في هذا التخصيص نظر .

وقوله « الارض المفتوحة عنوة » فيه نظر ، سيأتي تحقيقه أيضاً .

قال رحمه الله: الخمس يقسم ستة أقسام . وقيل: بل خمسة . والاول أشهر.

أقول : القول الاول مـذهب أكثر الاصحاب ، والثانـي منقول عـن بعض الاصحاب ، تعويلا على رواية[1] شاذة ، ومع هـذا فهي غير دالة على المطلوب صريحاً ، وهي مخالفة للمذهب ، فانـه يتضمن قسمة الاخماس الذي بين ذوي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل على الاول ، وعليه دلت ظاهر الاية[2] والرواية[3].

قال رحمه الله : ويعتبر في الطوائف الثلاث انتسابهم الى عبدالمطلب بالابوة فلو انتسبوا بالام خاصة ، لم يعطوا من الخمس شيئاً ، على الاظهر .

اقول : للاصحاب في هذه قولان ، فذهب الشيخ الى اعتبار الانتساب بالاب في استحقاق الخمس، واختاره ابن حمزة وابن ادريس ، ولم يعتبر السيد المرتضى ذلك ، بل جوز أن يكون منتسباً بالام أيضاً . والحق الاول .

لنا ـ ان اطلاق النسب يقتضي الانتساب بالاب ، اذ لايقال : تميمي الا لمن ينتسب الى تميم بالاب دون الام . ويؤيده قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

ومارُوي عن العبد الصالح أبي الحسن الاول عليه السلام قال : من كانت أمه من

---

(١) تهذيب الاحكام ١٢٨/٤ ، ح١ .

(٢) سورة الانفال : ٤١ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٢٦/٤ .

بني هاشم وأبوه من سائر قريش ، فان الصدقة تحل له ، وليس له من الخمس شيء ، لان الله يقول « أدعوهم لابائهم »[1].

احتج المرتضى قدس الله روحه بقوله عليه السلام عن الحسن والحسين عليهما السلام :هذان امامان قاما أو قعدا[2] . والاصل في الاطلاق الحقيقة ، وهو ضعيف ، فان الاطلاق انما يدل على الحقيقة مع عدم المعارض ، والمعارض هنا موجود .

قال رحمه الله : مستحق الخمس ـ الى آخره .

أقول : هذه المسألة قد تقدم البحث فيها مستوفى .

قال رحمه الله : هل يجوز أن يخص بالخمس طائفة ؟ قيل : نعم. وقيل : لا وهو الاحوط .

أقول : المراد بالخمس هنا ماعدا حصة الامام عليه السلام . وقد اختلف الاصحاب في قسمته، فظاهر كلام الشيخ رحمه الله يشعر بوجوب التشريك، ونص أبو الصلاح على ذلك ، حيث قال: والشطر الآخر للمساكين واليتامى وأبناء السبيل لكل صنف ثلاثة[3].

ونقل صاحب كشف الرموز[4] عن ابن ادريس تفصيلا عجيباً ، ومضمونه بسط شطر الخمس على الاصناف الثلاثة بالسوية مع حضورهم، وجواز التخصيص مع عدم حضور الجميع .

ومنشأ الاختلاف النظر الى الاية، فانها يحتمل أن يكون اللام فيها للتخصيص فيكون لبيان المصرف كما في آية الزكاة . ويحتمل أن يكون التمليك ، فتجب

---

(١) تهذيب ٤/١٢٨ ـ ١٢٩ والاية في سورة الاحزاب : ٥ .

(٢) حديث متواتر عن النبي صلى الله عليه وآله رواه جمع من الفريقين ، ورواه العلامة المجلسي في البحار ٤٣/٢٧٨ .

(٣) الكافي للحلبي ص١٧٣ـ١٧٤ .

(٤) كشف الرموز للابي ـ مخطوط .

قسمة الشطر على الاصناف الثلاثة حينئذ . ولعل الاول أقرب لوجهين :

الاول : أن التخصيص أعم من التمليك من غير عكس كلي ، واذا ثبت أن الاول أعم كان جعل اللام حقيقة فيه أولى ، لان الاحتياج الى الخاص يستلزم الاحتياج الى العام ، ولاينعكس ، لان الاحتياج الى العام لايستلزم الاحتياج الى الخاص ، وهو ظاهر ، وجعل اللفظ لما يكبر الحاجة الى التعبير عنه أولى من جعله لما ليس كذلك .

الثاني : الرواية المشهورة المأثورة عن أبي الحسن عليه السلام [١].

قال رحمه‌الله :هل يعتبر الفقرفي اليتيم ؟ قيل: نعم. وقيل: لا . والاول أحوط.

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط[٢] الى عدم اعتباره ، واختاره ابن ادريس، نظراً الى عموم الاية، ولان اعتبار الفقرفيه يستلزم تداخل الاقسام ، فيكون اليتيم داخلا تحت المساكين .

والوجه اعتباره ، لان الخمس خير ومساعدة ، فيخص بـه ذوو الخصاصة والمسكنة دون غيرهم . أما الصغرى ،فلرواية زرارة السابقة عن أبي عبدالله عليه السلام [٣]. وأما الكبرى فظاهرة ، والالزم تحصيل الحاصل ، وهو محال .

قال رحمه الله : الايمان معتبر في المستحق على تردد .

أقول : وجه الجواز النظر الى عموم الاية .

ووجه الاعتبار الالتفات الى فتوى الاصحاب ، ولانه أحوط للبراءة ، ولان غير المؤمن محاد لله ولرسوله ، فلايفعل معه مايؤذن بالمودة .

قال رحمه الله : والعدالة لاتعتبر على الاظهر .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٢٨/٤ ، ح٢ .

(٢) المبسوط ٢٥٧/١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥٩/٤ ، ح٦ .

أقول : ذهب الشيخ في بعض كتبه الى اعتبار العدالة . والحق العدم ، عملا بعموم الاية وعليه الاكثر .

واعلم أن الشيخ رحمه الله رجع عما قاله بعد ذلك بلافصل .

قال رحمه الله : مايجب من الخمس يجب صرفه اليه مع وجوده ، ومع عدمه قيل: يكون مباحاً .وقيل: يجب حفظه، ثم يوصي به عندظهور امارة الموت . وقيل : يدفن . وقيل : يصرف النصف الى مستحقه ، ويحفظ مايختص به بالوصاة أو الدفن .

وقيل : بل تصرف حصته الى الاصناف الموجودين أيضاً ، لان عليه الاتمام عند عدم الكفاية ،فكما يجب ذلك مع وجوده ، فهو واجب عليه عند عدمه ، وهو أشبه .

أقول : ليس للاصحاب في هذه المسألة نص صريح ، وقد طال التشاجر بينهم بسبب ذلك،لكن الحق مارجحه المصنف، لموافقته العقل ، ولدلالة ظواهر[1] النقل عليه .

---

(١) في «س» : ظاهر .

الفصل الرابع

(في ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الصوم)

قال رحمه الله: يكفي في رمضان أن ينوي أنه يصوم متقرباً الى الله ، وهل يكفي ذلك في النذر المعين ؟ قيل : نعم . وقيل : لا . وهو الاشبه .

اقول : البحث في هذه المسألة يقع في مقامين :

الاول : في كيفية نية القربة ، والفرق بينها وبين نية التعيين . أما كيفية نية القربة ، فقد فسرها الشيخ في المبسوط ، فقال : معنى نية القربة: أن ينوي أنه صائم فقط متقرباً الى الله تعالى . ونية التعيين أن ينوي أنه صائم شهر رمضان . ثم قال : فان جمع بينهما في رمضان كان أفضل ، وان اقتصر على نية القربة أجزأه[1] . ونحوه قال في الخلاف[2]. وزاد ابن ادريس نية الوجوب فيهما ، وهو حسن .

اذا عرفت هذا فنقول : القدر الواجب في نية القربة شيئان : قصد التقرب ، والوجوب ، وفي نية التعيين ثلاثة أشياء : التقرب ، والوجوب أو الندب ، والقصد الى الصوم المخصوص .

---

(١) المبسوط ١/٢٧٦ .

(٢) الخلاف ١/٣٧٤.

المقام الثاني : قد وقع الاتفاق على أن نية القربة كافية في شهر رمضان ، ووقع أيضاً على أنها غير كافية فيما عدا شهر رمضان والنذر المعين .

وحصل الاختلاف في الاكتفاء بها في النذر المعين ، فذهب الشيخ الى أنها غير كافية ، بل لابد من نية التعيين ، لانه زمان لم يعينه الشارع في الاصل للصوم فافتقر الى التعيين ، ولانه أحوط .

وذهب المرتضى قدس الله روحه الى الاكتفاء بها ، ومنعه ابن ادريس ،لان الشرع وان لم يعين زمانه في الاصل ، فقد يعين بالنذر ، وكما لايفتقر رمضان الى نية التعيين لتعين زمانه ، فكذا هنا ، ونمنع المساواة بين المعنيين .

سلمنا لكن التعيين ليس أمراً وجودياً ، فلايصلح للعلية ، واذا كان كذلك لم يكن الاكتفاء بنية القربة في شهر رمضان معللا بالتعيين ، بل بعلة غير معلومة لنا .

سلمنا لكن التعدي قياس ، وهو باطل عند كثير، وبالجملة فأنا في هذه المسألة من المتوقفين .

قال رحمه الله : ولو زالت الشمس فات محل النية ، واجباً كان الصوم أو ندباً . وقيل : يمتد وقتها الى الغروب لصوم النافلة . والاول أشهر .

أقول : قد ذهب الى هذا القول بعض أصحابنا ، وهواختيار السيد المرتضى وابن حمزة ، وتبعه ابن ادريس ، وبه روايات ، لكن الاول أنسب بالاصل وأظهر في النقل ، وعليه عمل أكثر الاصحاب .

وذهب أبوعلي ابن الجنيد منا الىجواز ايقاع النية بعدالزوال لصوم الفرض أيضاً ، ذاكراً كان أو ناسياً ، وهو قول شاذ وبه روايات أيضاً .

قال رحمه الله : وقيل : يختص رمضان بجواز تقديم نيته عليه ، ولو سهى عند دخوله فصام ، كانت النية الاولى كافية .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في كتب الفتاوي خاصة ومنعها

ابن ادريس ، وهو الحق ، عملا بقوله تعالى «وماأمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء»[1] وتقرير الاستدلال بها قد تقدم .

واحتجاجه بجواز تقديم النية من أول الليل وان تقدم الاكل أو غيره ضعيف أما أولا ، فلانه قياس ، وهو باطل عندنا . وأما ثانياً ، فلوجود الفارق ، وهوقوله عليه السلام : لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل[2] .

قال رحمه الله : وكذا قيل : يجزي نية واحدة لصيام الشهر كله .

أقول : هـذه المسألة ذكرها الثلاثة قدس الله أرواحهم وأتباعهم ، ومنعها شيخنا دام ظله ، ورجحه المصنف في المعتبر[3] .

احتج الاولون بالاجماع . واحتج السيد المرتضى قدس الله روحه بأنه عبادة واحدة ، فتكفي نية واحدة . أما الصغرى ، فلان حرمته واحدة ، وهو ظاهر ،ولانه يخرج منه بمعنى واحد ، وهوالافطار . وأماالكبرى فاجماعية ، والاجماع ممنوع والصغرى ممنوعة ، ونمنع اتحاد الحرمة . سلمنا ولكنه غير دال على المطلوب وكذا الوجه الثاني ، وهو ظاهر .

قال رحمه الله : ولايقع في رمضان صوم غيره . ولو نوى غيره ـ واجباًكان أو ندباً ـ أجزأ عن رمضان دون مانواه .

أقول : هذه المسألة لها صورتان :

الاولى : أن يكون عالماً بشهر رمضان ، ثم ينوي غيره .

الثانية : أن يكون جاهلا .

أما الاولى ، فقد حكم جماعة من أكابر علمائنا ، كالشيخ والسيد وأتباعهما

---

(١) سورة البينة : ٥ .

(٢) سنن البيهقى ٢١٣/٤ .

(٣) المعتبر ٦٤٩/٢ .

بوقوعها عن شهر رمضان ، ومنع ابن ادريس ذلك وقال : لايجزي عن رمضان ولاغيره يعني : الذي نواه . ولعله أقرب .

احتجا بأن النية المعتبرة ــ وهي نية القربة ــ حاصلة ، وانما قلنا انها حاصلة لدخولها تحت نية التعيين تضمناً ، فيكون الزائد لغواً . واذا كانت النية المعتبرة حاصلة ، كان الصوم واقعاً بشرطه ، فيكون مجزياً ، لان الامر للاجزاء على مابين في أماكنه .

وهو ضعيف جداً ، فانا لانسلم الغاء الزيادة ، اذ جزئيات الكلي متضادة ، وارادة أحد الضدين تنافي الضد الاخر .

احتج ابن ادريس بقوله عليه السلام « الاعمال بالنيات ، وانما لامرىء مانوى»[١] فحكم عليه السلام بأن الاعمال تابعة للقصود ، والتقدير : انه لم يوقع النية عن شهر رمضان ، فلا ينصرف اليه ، وصرف الصوم الى غيره لايصح اتفاقاً ، فلا يجزي عن أحدهما .

وأما الثانية[٢] ، فقد حكم الشيخ رحمه الله والسيد المرتضى قدس الله روحهما فيها بما حكما في الصورة الاولى ، ووافقهما ابن ادريس على ذلك ، وهو الظاهر من كلام الشيخ علي بن بابوية ، محتجين بما تقدم .

وعندي فيه اشكال ، منشؤه ماسلف من الجواب ، وانما خرجنا عن سبيلنا المألوف في هذا الكتاب ، ليكون هذه المسألة من امهات هذا الكتاب[٣] .

قال رحمه الله : ولو صام آخر يوم من شعبان على أنه انكان من رمضانكان واجباً ، والا كان مندوباً قيل : يجزي . وقيل: لايجزي ، وعليه الاعادة،وهو الاشبه.

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

(٢) فى هامش «س» عن نسخة : وأما النية .

(٣) فى «م» : الباب .

أقول : القولان للشيخ قدس الله روحه ، لكن الثاني أقرب ، وهو اختيار ابن ادريس ، واختار ابن حمزة الاول .

لنا ــ أن الجزم شرط في النية ولم يحصل .

واحتج على الاول بأن نية القربة كافية في رمضان وقد حصلت .

والجواب : هذه قاعدة قد بينا ضعفها في المسألة السابقة ، سلمنا لكن نية التعيين انما تسقط فيما علم أنه من شهر رمضان لافيما لاعلم .

قال رحمه الله : ولو نوى الافطار في يوم من رمضان ، ثم جدد قبل الزوال قيل : لاينعقد وعليه القضاء ، ولو قيل بانعقاده كان أشبه .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، والانسب بمذهبه عدم ايجاب القضاء ، وذاك أنه قال : لو عزم على فعل ماينافي الصوم ، أو نوى الافطار ، لم يبطل صومه .

وأما على قاعدتنا ، فلاوجه للصحة ، وذاك انما يوجب استمرار النية حكماً ، وكذلك الفرع الاخر انما يتمشى على قاعدة الشيخ لاعلى قاعدتنا ، وان كان لايفهم من كلامه رحمه الله ذلك .

قال رحمه الله: يجب الامساك عن الجماع في القبل اجماعاً ، وفي دبر المرأة على الاظهر ، ويفسد صوم المرأة ، وفي فساد الصوم بوطيء الغلام والدابة تردد وان حرم . وكذا القول في فساد صوم الموطوء ، والاشبه أنه يتبع وجوب الغسل.

أقول : الحق أن وجوب الامساك وفساد الصوم ولزوم القضاء والكفارة أحكام تابعة لوجوب الغسل ، فان قلنا بوجوبه ، لانهما معلولان علة واحدة ، يثبت هذه الاحكام ، والا فلا ، وقد استقصينا البحث عن ذلك في كتاب الجنابة .

واعلم أنه لاخلاف في فساد صوم الواطيء في جميع هذه الصور مع الانزال.

---

(١) المبسوط ١/٢٧٧ .

قال رحمه الله : وعن الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الائمة عليهم السلام وهل يفسد الصوم بذلك ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول : لاخلاف في وجوب الامساك عن ذلك مطلقاً، ويتأكد في شهر رمضان كسرقة . وانما الخلاف في افساد الصوم وايجاب الكفارة ، نذهب الشيخان رحمهما الله الى أنه يفسد ، ويوجب القضاء والكفارة ، واختاره المرتضى في الانتصار[1]، واختاره أبو الصلاح وابن البراج ، وعده ابن بابرية من المفطرات . وقال علم الهدى : انه لايفسد ، نقله الشيخ عنه في الخلاف[2]، وهو أقرب .

لنا ــ أصالة صحة الصوم ، ورواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام قال : لايضر الصائم ماصنع اذا اجتنب ثلاث خصال : الطعام والشراب والارتماس[3].

واحتجاجهم بالروايات ضعيف ، لضعف سندها ، ولاشتمال بعضها على مالا يقول به ، وهو نقض الوضوء أيضاً ، ودعوى الاجماع مكابرة .

قال رحمه الله : وعن الارتماس . وقيل : لايحرم بل يكره ، والاول أشبه . وهل يفسد لفعله ؟ الاشبه لا .

أقول : البحث في هذه تقع في مقامين :

الاول : ذهب الشيخان وأكثر الاصحاب الى أن الارتماس محرم ، عملا بالروايات الدالة عليه . وذهب السيد المرتضى الى أنه مكروه في أحد قوليه ، واختاره ابن أبي عقيل ، عملا بالاصل ، ويؤيده رواية عبدالله بن سنان عن أبي

---

(١) الانتصار ص٦٢ .

(٢) الخلاف ١/٤٠١ مسألة ٨٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/١٨٩ ، ح٢ .

عبدالله عليه السلام قال : أكره للصائم أن يرتمس في الماء[١] .

والاصل يخالف لقيام الدليل ، وهو الروايات المشهورة الدالة على المنع ، والرواية ضعيفة السند ، مع أنها قابلة للتأويل ، فان المكروه يطلق على المحظور وعلى ترك الاولى ، وعلى المرجوح فعله بالاشتراك ، فيحمل على المحظور ، جمعاً بين الادلة .

وأما المقام الثاني ، فذهب الشيخان الى أنه يوجب القضاء والكفارة أيضاً ، عملا بالاحتياط ، وهو معارض بالاصل ، وقال أبو الصلاح بأنه يوجب القضاء فحسب.

وأطبق باقي الاصحاب القائلين بالتحريم على نفيهما ، وهو اختياره في الاستبصار[٢]، وهو الحق، عملا بأصالة براءة الذمه، وأصالة العبادة، ويؤيده رواية اسحاق بن عمار قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام :رجل صائم ارتمس في الماء متعمداً أعليه قضاء ذلك اليوم ؟ قال : ليس عليه قضاء ولايعودن[٣].

قال في المعتبر : ويمكن أن يكون الوجه في التحريم الاحتياط للصوم ، فان المرتمس في الاغلب لاينفك أن يصل الماء الى جوفه فيحرم، وان لم تجب عليه قضاء ولاكفارة الامع اليقين بابتلاعه مايوجب الافطار[٤].

قال رحمه الله : وفي ايصال الغبار الغليظ الى الحلق خلاف، والاظهر التحريم وفساد الصوم .

أقول : اضطرب قول الاصحاب في هذه المسألة ، لاضطراب الاحاديث ، فذهب الشيخ رحمه الله الى أن ايصال الغبار الغليظ الى الحلق محرم ، يوجب

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/ ٢٠٩ ، ح١٣ .

(٢) الاستبصار ٢/ ٨٥ .

(٣) الاستبصار ٢/ ٨٤ - ٨٥ ، ح٦ .

(٤) المعتبر ٢/ ٦٥٧ .

القضاء والكفارة .

وحكى في المبسوط[1] عن بعض الاصحاب ايجاب القضاء فحسب ، وهو فتوى الشيخ المفيد قدس الله روحه، عملا بأصالة البراءة، وظاهر كلام أبي الصلاح واختاره ابن ادريس مع تعمد الكون من غير ضرورة ، وفي أخبارنا مايدل على الجواز . والاقرب عند المصنف قول الشيخ .

لنا ـ أنه أوصل الى جوفه بفمه ماينافي الصوم ، فكان مفسداً له. أما الصغرى فظاهرة ، اذ ايصال الغبار الى الحلق مناف للامساك ضرورة . وأما الكبرى فاجماعية ، وخلاف المرتضى غير معتبر لرجوعه عنه .

ويؤيده رواية سليمان بن حفص المروزي قال : سمعته يقول: اذا شم الصائم رائحة غليظة أو كنس بيتاً فدخل في أنفه وحلقه غبار فعليه صوم شهرين متتابعين، فان ذلك له فطر ، مثل الاكل والشرب والنكاح[2].

وفيه ضعف، والرواية مقطوعة، والاجماع انما انعقد على فساد مايسمى مأكولا معتاداً كان أو غيره ، كالحصى والبرد ، أو مشروباً كذلك لامطلقا .

قال رحمه الله : وعن البقاء على الجنابة عامداً حتى يطلع الفجر من غير ضرورة ، على الاشهر .

اقول : لاخلاف بين الاصحاب أن البقاء على ذلك محرم ، وانما الخلاف في أنه هل يوجب القضاء فحسب ، أم القضاء والكفارة ؟ فذهب أكثر الاصحاب الى الثاني ، وذهب ابن أبي عقيل الى الاول ، عملا بأصالة براءة الذمة من الكفارة .

واختار ابن بابوية في المقنع[3]، ان لاقضاء ولاكفارة ، عملا بأصالة البراءة

---

(١) المبسوط ١ / ٢٧١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤ / ٢١٤ ، ح٢٨ .

(٣) المقنع ص ٦٠ .

ورواية حبيب الخثعمي عن الصادق عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله يصلي صلاة الليل في شهر رمضان ، ثم يؤخر الغسل متعمداً حتى يطلع الفجر[١].

لنا ـ أن الانزال نهاراً موجب للقضاء والكفارة ، فكذا استصحابه ، بل هذا آكد ، لان الاول قد انعقد صومه ابتداءاً بخلاف الثاني .

ويؤيده رواية أبي بصير عن أبيعبدالله عليه السلام في رجل أجنب في شهر رمضان بالليل ، ثم ترك الغسل متعمداً حتى أصبح ، قال : يعتق رقبة ، أو يصوم شهرين متتابعين ، أو يطعم ستين مسكيناً قال : ولادائه لاأراه يدركه أبداً[٢]. وفي معناها رواية سليمان الجعفري[٣]، والاصالة تخالف للدلالة بالروايتين، ويحتمل وجوهاً:

الاول : أن يكون التأخير مقروناً بعذر .

الثاني : أن يكون المراد بالفجر الفجر الاول .

الثالث : أن يكون المقصود به التأخير الى قبل الطلوع بقليل، بحيث يكون آخر جزء من الغسل مقارناً لاول جزء منه .

فرع :

لو طهرت الحائض أو النفساء ، فأخرتا الغسل الى طلوع الفجر ، وجب عليها القضاء والكفارة ، وأوجب ابن أبي عقيل القضاء فحسب ، بناءاً على قاعدته وقد عرفت ضعفها .

قال رحمه الله : لو نظر الى امرأة فأمنى ، لم يفسد صومه على الاظهر ، وكذا لو استمع .

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/٢١٣ ، ح٢٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٢١٢ ، ح٢٣.

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٢١٢ ، ح٢٤ .

أقول : هاتان المسألتان ذكرهما الشيخ رحمه الله في المبسوط[١]،وأوجب القضاء فيهما ، بشرط كون المرأة محرمة ، وأن يكون بشهوة ، وهوخيرة المفيد قدس الله روحه ، وتبعه سلار . وقال السيد المرتضى : اذا تعمد استنزال الماء الدافق ، وجب عليه القضاء والكفارة ، وان كان بغيرجماع . واختاره ابن البراج.

وقال في المسائل الناصرية : عندنا أنه اذا نظر الى مايحل له النظر اليها ، فأنزل غير مستدع للانزال ، لم يفطر[٢].

وقال في الخلاف[٣] والنهاية[٣]لاشيء عليه ، واختاره ابن ادريس، وأجودما قيل هنا تفصيل السيد المرتضى أولا ، لصدق الاستمناء عليه حينئذ .

قال رحمه الله: والحقنة بالجامد جائزة، وبالمائع محرمة ، ويفسد بهاالصوم على تردد .

اقول : هنا بحوث :

البحث الاول: أطبق أكثر الاصحاب علىجواز الحقنة بالجامد علىكراهية عملا بالاصل ، واستناداً الى رواية علي بن الحسن[٥]، وهو اختيار أبي الصلاح عملا برواية البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام[٦].

الثاني : الحقنة بالمائع ، ولاخلاف في تحريمها .

البحث الثالث : في افساد الصوم بهما . أما الحقنة بالجامد ، فمن ذهبالى أنها مكروهة لم يوجب شيئاً ، ومن قال بتحريمها أوجب القضاء .

---

(١) المبسوط ١ / ٢٧٢ ــ ٢٧٣ .
(٢) المسائل الناصريات ص٢٤٣ ، مسألة : ١٢٩ .
(٣) الخلاف ١ / ٣٩١ مسألة ٥٠ .
(٤) النهاية ص١٥٧ .
(٥) تهذيب الاحكام ٤/ ٢٠٤ ، ح٧ .
(٦) تهذيب الاحكام ٤/ ٢٠٤ ، ح٦ .

وأما الحقنة بالمائع ، فذهب الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] وأكثر كتبه الى أنها يوجب القضاء ، ونفاه الباقون ، عملا بأصالة صحة الصوم ، ولانه صوم محكوم بصحته قبل الاحتقان ، فكذا بعده عملا بالاستصحاب ، والتحريم ليس بمستلزم للفساد .

احتجوا بأن التحريم لالفائدة عيب ، وهو محال عليه تعالى ، فتعين أن يكون لفائدة ، وليست الفائدة الا كونه مفسداً للصوم .

والجواب : منع الحصر أنه منقوض بالارتماس .

وفيه نظر ، فان القائل بوجوبه قائل بوجوبه هناك .

قال رحمه الله : من أكل ناسياً ، فظن فساد صومه، فأفطر عامداً ، فسد صومه وعليه القضاء ، وفي وجوب الكفارة تردد ، والاشبه الوجوب .

اقول: وجه الوجوب التمسك بالعموم الدال على وجوب الكفارة على من أفطر متعمداً ، وهو الاقوى عندي ، واختاره الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤].

ووجه السقوط التمسك بالاصل ، ولانه لم يقصد هتك الحرمة، فأشبه الناسي ونقله الشيخ في المبسوط عن بعض الاصحاب .

وهو ضعيف ، لان الاصل تخالف للدليل ، وقصد الهتك يتعمد الافطار، وبه خالف الناسي ، والجهل ليس عذراً ، بل موجباً لازدياد العقوبة .

قال رحمه الله : ولو خوف فأفطر ، وجب القضاء على تردد ولا كفارة .

اقول : منشأ السقوط النظر الى قوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان

---

(١) المبسوط ١/ ٢٧٢ .

(٢) الخلاف ١/ ٣٩٧ مسألة ٧٣ .

(٣) المبسوط ١/ ٢٧٠ .

(٤) الخلاف ١/ ٣٨٨ .

وماستكرهوا عليه[١]. ورفع الحقيقة غير ممكن ، فلابد من اضمار شيء،واضمار الحكم أولى من اضمار الاثم ، لانه أعم ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف[٢].

ووجه الوجوب الالتفات الى فتوى الشيخ في المبسوط[٣]، وهوضعيف،فان احتج بأنه دفع عن نفسه الضرر يتناوله ، فكان عليه القضاء كالمريض .

قلنا : مقتضى الاصل أن لاقضاء في الموضعين ، لكن ترك العمل بالمقتضي في المريض للدليل ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

قال رحمه الله : الكفارة في رمضان عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكيناً ، مخيراً في ذلك . وقيل : بل هي على الترتيب . وقيل : يجب بالافطار بالمحرم ثلاث كفارات ، وبالمحلل كفارة ، والاول أكثر .

أقول : القول الاول مذهب أكثر الاصحاب ، ومستنده الاصل ، والنقل المشهور عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذهب اليه ابن أبي عقيل ، وتردد الشيخ في الخلاف[٤]،ومستنده الاحتياط ، اذ مع اعتماده يحصل يقين البراءة ، بخلاف العكس، وظاهرروايات مشهورة ، وتحمل على الاستحباب ، توفيقاً بين الادلة .

والقول الثالث ذهب اليه الصدوق محمد بن بابوية في من لايحضره الفقيه عملا برواية الحسين بن سعيد رضي الله عنه مما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري[٥] قدس الله روحه ، وبه قال ابن حمزة والشيخ رحمه الله

---

(١) عوالى اللئالى ١ / ٢٣٢ ، برقم : ١٣١ .

(٢) الخلاف ١ / ٣٩٠ مسألة ٤٦ .

(٣) المبسوط ١ / ٢٧٣ .

(٤) الخلاف ١ / ٣٨٦ .

(٥) من لايحضره الفقيه ٢ / ١١٨ .

حيث تأول رواية سماعة قال : يحتمل هذا الحديث وجهين :

الاول : أن يكون الواو بمعنى كقوله تعالى « مثنى وثلاث ورباع »[١].

الثاني: يجوز اختصاص ذلك بمن أتى أهله في وقت لايحل له ذلك في غير حال الصوم ، أو يفطر على شيء محرم[٢]. وهذا يدل على اختياره له .

قال رحمه الله : اذا أفطر زماناً ونذر صومه ــ الى آخره .

اقول : سيأتي تحقيق القول في هذه انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : من أجنب ونام ناوياً للغسل ، ثم انتبه ثم نام كذلك، ثم انتبه ونام ثالثة ناوياً حتى طلع الفجر، لزمته الكفارة على قول مشهور، وفيه تردد.

أقول : التمسك بالاصل ولعدم الظفر بدليل يوجب ذلك . والالتفات الى فتوى الاصحاب .

قال في المعتبر : لاحجة صريحة لما قاله الشيخان ، والاولى سقوط الكفارة مع تكرر النوم ، وايجابها مع التعمد[٣].

قال صاحب كشف الرموز : ولعله يخرج منهما رحمهما الله نظراً الى دلالة الروايات على وجوب القضاء مع معاودة النوم ثانياً واذاكان هذا الحكم ثابتاً في النومة الثانية، فلابد في الثالثة من حكم زائد ، والا لزم اجتماع العلل على المعلول الواحد ، ولاحكم زائد على القضاء في الصوم الا الكفارة ، قال : وسمعنا ذلك من شيخنا مذاكرة[٤].

وأقول: هذا أوهن من بيت العنكبوت، والحق عندي وجوب القضاء فحسب.

---

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٢٠٨ ــ ٢٠٩ .

(٣) المعتبر ٢/٦٧٥ .

(٤) كشف الرموز للابى ــ مخطوط .

قال رحمه الله : لو تمضمض متداوياً، أو طرح في فمه خرزاً ، أوغيره لغرض صحيح ، فسبق الى حلقه ، لم يفسد صومه ، ولو فعل ذلك عبثاً قيل: عليه القضاء وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط[١] والمصنف في المعتبر[٢] والحق الثاني ، عملا بأصالة البراءة ، وأصالة صحة الصوم .

احتج بأنه فرط بتعريض الصوم للافساد ، فيلزمه القضاء كالمبرد .

وهو ضعيف أما أولا ، فلانه قياس ونحن لانقول به . وأما ثانياً فلوجوب الفارق ، وهو حصول التلذذ بالتبرد بالماء ، بخلاف الخرز وغيره .

قال رحمه الله : مايخرج من بقايا الغذاء من بين الاسنان ، يحرم ابتلاعه للصائم ، فان ابتلعه عمداً وجبت عليه القضاء[٣] ، والاشبه القضاء والكفارة .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف[٤] والمبسوط[٥]، وأوجب فيه القضاء لاغير. والحق ماقاله المصنف ، وهو اختياره في المعتبر[٦].

لنا ــ أنه ازدرد المفطر عامداً ، فكان عليه القضاء والكفارة . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى فاجماعية .

واحتجاجه بتعسر الاحتراز عنه ضعيف ، لانا نتكلم على تقدير تعمد الابتلاع.

قال رحمه الله : لايفسد الصوم مايصل الى الجوف بغير الحلق عدا الحقنة وقيل : صب الدواء في الاحليل حتى يصل الى الجوف يفسده ، وفيه تردد .

---

(١) المبسوط ١ / ٢٧٢ .

(٢) المعتبر ٦٧٨/٢ .

(٣) في «س» : الكفارة .

(٤) الخلاف ١ / ٣٨١ مسألة ١٦ .

(٥) المبسوط ١ / ٢٧٢ .

(٦) المعتبر ٦٥٣/٢ .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط[١]، وأوجب فيها القضاء .

وكذا لو طعن نفسه بالرمح حتى وصل جوفه ، أو طعنه غيره باذنه . وكذا لو داوى جرحه ، فوصل الدواء الى جوفه .

والحق أن لاقضاء فيجميع هذه الصور، عملا بالاصل السالم عنالمعارض وبه أفتى في الخلاف[٢].

احتج بأنه أوصل الى جوفه دواءاً ، فكان كالحقنة .

والجواب : بمنع الحكم في الاصل ،كما هو مذهبه في هذا الكتاب، سلمنا لكنه قياس ، وهو باطل عنده .

قال رحمه الله : ماله طعم كالعلك ، قيل: يفسد الصوم . وقيل : لايفسدوهو الاشبه.

أقول : القول الاول اختيار الشيخ في النهاية[٣]، وجعله في المبسوط[٤] الاحوط ، وأوجب ابن الجنيد القضاء، وروي وجوب الكفارة . والحقالكراهية وهو فتوى ابن ادريس .

لنا ـ أصالة براءة الذمة ، ولانه صوم محكوم بصحته قبل المضغ فكذا بعده عملا بالاستصحاب ، ويؤيده الحديث المروي عن الصادق عليه السلام[٥].

احتج بأن انتقال العرض محال ، فاذا وجد الطعم حكمنا بتخلل شيء من أجزاء ذي الطعم ودخوله الحلق ، فكان مفطراً .

والجواب : الريق منفعل بكيفية ذي الطعم .

---

(١) المبسوط ١/٢٧٣ .

(٢) الخلاف ١/٣٩٧ مسألة٧٤ .

(٣) النهاية ص١٥٧ .

(٤) المبسوط ١/٢٧٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٤/٣٢٤ ، ح٧٠ .

قال رحمه الله : تتكرر الكفارة بتكرر الموجب اذا كان في يومين ، وان كان في يوم واحد قيل : يتكرر مطلقاً . وقيل : ان تخلله التكفير. وقيل : لايتكرر وهو الاشبه ، سواء كان من جنس واحد أو مختلفاً .

أقول : أما الحكم الاول ، فمتفق عليه بين علمائنا رضوان الله عليهم، وسواء تغاير السبب أو لا .

وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فذهب السيد المرتضى قدس الله روحه الى تكرر الكفارة بتكرر السبب مطلقاً، سواء تغاير السبب كالوطيء والاكل أو اتحد ، وسواء كفر عن الاول أو لا ، عملا بالعمومات ودليل الاحتياط ، وقد روي عن الرضا عليه السلام[1] تكرر الكفارة بتكرر الوطيء .

وأما التفصيل ، فشيء ذكره ابن الجنيد رحمه الله ، محتجاً على الحكم الاول بالعمومات[2]، ولان الجماع الاول مستقل بايجاب الكفارة اجماعاً، والثاني مساو له ، وحكم المثلين التساوي في جميع الاحكام اللازمة .

واذا ثبت هذا فنقول : الكفارة الواجبة اما أن تكون هي الاولى أو غيرها ، والاول محال ، لاستحالة تحصيل الحاصل ، فتعين الثاني .

وعلى الثاني بأن الحكم معلق على الماهية من حيث هي هي ، والاصل براءة الذمة ، ولان الكفارة موضوعة لتكفير الذنب، والاولى كافية في اسقاطه، فلامعنى لايجاب الثانية . وفي هذا الاستدلال الاخير نظر .

وذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف[3] والمبسوط[4] الى عدم التكرر مطلقاً

---

(١) الخصال ص٤٥٠ ، برقم : ٥٤ .

(٢) فى «م» : بالعموم .

(٣) الخلاف ٣٨٧/١ .

(٤) المبسوط ٢٧٤/١ .

نظراً الى البراءة الاصلية ، ولان الفعل الثاني لم يصادف صوماً[١] صحيحاً ، فلا تتعلق به كفارة ثانية ،كما لاتتعلق به قضاء ثان ، والتمسك بالعموم ضعيف ليفسده بالصائم ، ومع الجماع الاول يخرج عن كونه صائماً .

وقولهم : الجماع سبب في ايجاب الكفارة . قلنا : متى اذا صادف صوماً صحيحاً أو مطلقاً، الاول مسلم ، والثاني ممنوع[٢]. ولاشك في أن الجماع الثاني لم يصادف صوماً صحيحاً بالاجماع ، وانما طولنا في هذه المسألةلكونها مهمة .

قال رحمه الله : من فعل مايجب به الكفارة ، ثم سقط فرض الصوم ، بسفر أو حيض وشبهه ، قيل : تسقط الكفارة . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

أقول : القول الثاني هو المشهور بين الاصحاب ، وادعى الشيخ في الخلاف[٣] عليه الاجماع ، والثاني أنسب بالصواب ، وتحقيق هذه المسألة في اصول الفقه .

فرع :

لو قلنا بالسقوط فانما نقول به اذا حصل المسقط من قبله تعالى ، أومن قبل المكلف اذا كان مضطراً اليه .

فرع آخر :

لو اعتقت ثم عرض المسقط ، فالاقرب بطلان العتق ، بناءاً على هذا القول، وهل لها استرجاع الصدقة مع الاطلاق ؟ اشكال ، ينشأ: من العمل بالقصد ، ومن قضاء الظاهر بالتطوع عند الاطلاق .

---

(١) في «م» : موضعاً .

(٢) في النسختين : الاول «م» والثاني «ع» .

(٣) الخلاف ١ / ٤٠٠ .

قال رحمه الله : لو اكره امرأته يحمل عنها الكفارة . وكذا لوكان الاكراه لاجنبية . وقيل : لايتحمل هنا . وهو الاشبه .

اقول : هنا مقامان :

أما المقام الاول ، فالاشهر بين الاصحاب وجوب التحمل . وقال ابن أبي عقيل : ولو أن امرأة استكرهها زوجها فوطأها ، فعليها القضاء وحده ، وعلى الزوج القضاء والكفارة ، وتجب عليها مع المطاوعة القضاء والكفارة . والحق الاول .

لنا ـ ان الجماع لو وقع باختيارهما أوجب الكفارتين اجماعاً ، وهو فعل واحد في الحقيقة اقتضى هذا الحكم ، ومع الاكراه يكون مستنداً في الحقيقة اليه ، فيجب حكمه عليه ، ثم فرقه بين وجوب الكفارة والقضاء ضعيف جداً ، ويؤيد ماقلنا رواية المفضل عن الصادق عليه السلام[١].

وأما الثاني، فقد تردد فيه الشيخ في المبسوط[٢]، فتارة أوجب التحمل لعظم المأثم ، وللاحتياط . وتارة نفاه وأوجب واحدة عملا بأصالة البراءة .

وجزم ابن ادريس بالثاني ، وهو الاقوى ، لان ايجاب التحمل قياس، وهو باطل . ومع هذا فالفارق موجود ، اذ الكفارة لتكفير الذنب ، وقد يغلظ الذنب فلاتؤثر الكفارة في اسقاطه ، بل ولاتخفيفه .

فروع :

الاول : قال الشيخ : لو وطأها نائمة يحمل عنها الكفارة أيضاً . وعندي فيه اشكال ، ينشأ من اصالة البراءة ، والفرق بين المكرهة والنائمة ظاهر ، لامكان رضاها

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/٢١٥ ، ح٢ .

(٢) المبسوط ١/٢٧٥ .

لو كانت مستيقضة .

الثاني : قال رحمه الله : فمكنته وجب عليها القضاء فحسب ولاكفارة . أما وجوب القضاء، فلدفعها الضرر عن نفسها ، فأشبهت المريض. وأما سقوط الكفارة فلقولهم عليهم السلام : لاكفارة على المكرهة[١].

والحق وجوب التحمل ، وأن صومها صحيح ، وهو ظاهر كلام ابن ادريس وقد تقدم البحث في مثل هذه المسألة مستقصى .

الثالث : قال ابن ادريس : لو أكره امته لم يتحمل عنها الكفارة ، لان حملها على الزوجة قياس ، ونحن لانقول به ، وأوجب شيخنا التحمل ، محتجاً بصدق اسم المرأة على الزوجة والامة ، وهو ممنوع .

الرابع : لو أكره المجنون زوجته ، لم يتحمل عنها الكفارة ولاشيء عليها أما المسافر ، فتجب عليه الكفارة عنها لا عنه ، ويحتمل السقوط ، لكونه مباحاً له ولاشيء عليها على التقديرين .

قال رحمه الله : ولو نذر يوماً معيناً ، فاتفق أحد العيدين ، لم يصح صومه ، وهل يجب قضاؤه ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه . وكذا البحث في أيام التشريق لمن كان بمنى .

أقول : القولان للشيخ قدس الله روحه ، لكن الثاني أشبه بالمذهب ، وهو اختيار أبي الصلاح وابن البراج وابن ادريس .

لنا ـ أن وجوب القضاء تابع لوجوب الاداء ، ووجوب الاداء هنا منتف ، فينتفي وجوب القضاء .

واحتج الشيخ برواية مرسلة[٢]. والمراسيل ليست حجة عندنا ، سلمنا لكنها

(١) المعتبر ٢/ ٦٨٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/ ٢٣٤ ، ح٦١ .

محمولة على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .

قال رحمه الله : ولايصح صوم المغمى عليه . وقيل : ان سبقت منه النية كان بحكم الصائم ، والاول أشبه .

أقول : ذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه، والسيد المرتضى كرم الله محله الى أن المغمى عليه ان سبقت منه النية ، كان صومه صحيحاً ، لانا بينا أن النية الواحدة كافية في رمضان ، وان لم يسبق لزمه القضاء ، وتبعهما سلار وابن البراج عملا بعموم قوله تعالى «فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام اخر»[1] والاغماء مرض .

والحق أن صومه غير صحيح مع سبق النية على الاغماء ، وأن القضاء غير واجب عليه مع عدم السبق ، وهو اختيار الشيخ في بعض كتبه ، لاسقاط شرط التكليف وهو العقل ، ونمنع تناول اسم المريض للاغماء .

سلمنا لكن العام يخص للدليل وقد بيناه ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

فرع :

لو أكل غذاءاً فآل الى الاغماء لم يقض . ولو أغمي عليه بشيء من قبله كالمسكر ، لزمه القضاء .

قال رحمه الله : ويصح صوم النذر المشروط سفراً وحضراً ، على قول مشهور .

أقول : هذا القول ذهب اليه الشيخان رحمهما الله ومن تبعهما ، محتجاً بما رواه عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يجعل عليه صوم يوم

---

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

مسمى ، قال : يصومه أبداً سفراً وحضراً .

قال الشيخ في التهذيب : يحمل هذا على من نذر يوماً معيناً وشرط صومه سفراً وحضراً ، محتجاً برواية علي بن مهزيار قال : كتب بندار مولى ادريس ياسيدي نذرت أن أصوم كل سبت ، فان أنا لم أصمه ماالذي يلزمني من الكفارة فكتب وقرأته : لاتتركه الا من علة ، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض ، الا أن يكون نويت ذلك[١] .

قال في المعتبر : ولمكان ضعف هذه جعلناه قولا مشهوراً[٢] .

فرعان :

الاول : قال علم الهدى : لو نذر يوماً معيناً ، فاتفق في حال السفر ، وجب قضاؤه ، عملا برواية ابراهيم بن عبد الحميد السابقة ، والمشهور المنع ، وبه رواية[٣] أيضاً .

الثاني : لو قلنا بالمنع من ذلك ، فهل يجب قضاؤه ؟ قولان ، أحوطهما : القضاء .

قال رحمه الله : وهل يصوم مندوباً ؟ قيل : لا . وقيل : نعم . وقيل : يكره ، وهو الاشبه .

أقول : انما كان أشبه ، لقوله عليه‌السلام : ليس من البر الصيام في السفر[٤] . والاول مستنده ظاهر النقل . والثاني التمسك بالاصل ، وبالعموم الدال على رجحان الصوم

(١) تهذيب الاحكام ٤/٢٣٥ ، ح٦٣ - ٦٤ .

(٢) المعتبر ٢/٦٨٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٢٣٤ ، ح٦٢ .

(٤) عوالى اللئالى ١/٢٠٤ و٢/٨١ و٢٢٦ .

مطلقاً .

قال رحمه الله : البلوغ ـ الى آخره .

أقول : سيأتي تحقيق ذلك في موضعه انشاء الله .

قال رحمه الله : ومن لم ير الهلال لايجب عليه الصوم ، الا أن يمضي من شعبان ثلاثون يوماً ، أو يرى رؤية شائعة ، فان لم يتفق ذلك وشهد شاهدان قيل : لاتقبل . وقيل : تقبل مع العلة . وقيل : تقبل مطلقاً ، وهو الاشهر ، سواء كانا من البلد أو خارجه .

أقول : اختلف علماؤنا في هذه ، فذهب الشيخ المفيد والسيد المرتضى قدس الله روحهما وابن الجنيد وابن ادريس الى قبول شهادة الشاهدين فيه سواء كان في السماء علة أو لا ، وسواء كانا من داخل البلد أو خارجه .

وهو الاقوى ، لان استقراء الشرع دل على أن النادر ملحق بالغائب ، ولا جرم أن جل الاحكام الشرعية يثبت بالشاهدين ، فيكون هذا ملحقاً بـه الى حين ظهورالمنافي ، وبه روايات مشهورة عن أهل البيت عليهم السلام مذكورة في مواضعها .

وقال الشيخ في النهاية : ان كان في السماء علة ، لم يثبت الا بشهادة خمسين من أهل البلد ، أو عدلين من خارجه . وان لم يكن علة لم يجب الصوم ، الا أن يشهد خمسون من خارج البلد أنهم رأوه[1] .

ولم يتعرض لشهادة أهل البلد أصلا ، ولهذا قال الشيخ المصنف : قيل : لا تقبل ، أي قيل : لاتقبل عدلان مـن داخل وان كانت السماء عليلة ، واختاره ابن البراج ، وعليه دلت روايات ، منها رواية حبيب عن الصادق عليه السلام[2] .

---

(١) النهاية ص١٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/١٥٩ ، ح٢٠ .

وقال في المبسوط : تقبل مع العلة عدلان ، سواء كانا من داخل أو خارج[1].

وقال في الخلاف : تقبل العدلان ، سواء كانا من داخل أو خارج . وأما في حال الصحو ، فلا تقبل الا خمسون نفساً من داخل ، وتقبل اثنان من خارج[2].

وتحمل الروايات بعد صحة سندها على الجهل لشرط قبول الشهادة ، وبه قال أبو الصلاح .

قال رحمه الله : ولايثبت بشهادة الواحد على الاصح .

أقول : لما بين أولا الاقوال المشهورة ، شرع في ذكر القول الشاذ .

واعلم أن هذا قد ذكره سلار في رسالته فقال : تقبل شهادة الواحد في أوله محتجاً بقبول النبي عليه السلام شهادة الاعرابي وحده،ولان فيه احتياطاً للعبادة ، والرواية ليست من طرقنا ، فلاحجة فيها ، سلمناها لكنها حكاية حال ، فلعله عليه السلام عرف ذلك من غيره ، والاحتياط معارض باستصحاب حال الشهر .

قال صاحب كشف الرموز : يلزم على هذا المذهب جواز الافطار بقول واحد وهوغير مذهبه ولامذهب أحد منا،وانما لزم ذلك لان ابتداء الصوم اذا كان بشهادة واحد وغمت السماء آخر الشهر ، فيعدل الى عد ثلاثين للفطر ضرورة ، وهو مبني على شهادة واحد ، والفطر مبني عليه ، والمبني على المبني على الشيء مبني على ذلك الشيء .

وأقول : هذا ليس يلازم لسلار ، حيث أنه لم يقبل الواحد الا في أوله ، وانما هو لازم لابي حنيفة حيث أطلق .

قال رحمه الله : يستحب صوم الثلاثين من شعبان بنية الندب ، فان انكشف من الشهر أجزأه ، ولو صامه بنية رمضان لامارة قيل : يجزيه . وقيل : لا ، وهو

---

(١) المبسوط ١/ ٢٦٧.

(٢) الخلاف ١/ ٣٧٩ ، مسألة ١١ .

الاشبه .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ في المبسوط[١]، والحق الثاني . وقد مر البحث في مثل هذه المسألة في أول كتاب الصوم ، فلا وجه لاعادته . والمراد بالامارة مايفيد الظن الضعيف ، كالاستناد الى خبر واحد وشبهه .

قال رحمه الله : ولو غمت شهور السنة ، عد كل شهر منها ثلاثين . وقيل: ينقص منها لقضاء العادة بالنقيصة . وقيل : يعمل في ذلك برواية الخمسة ، والاول أشبه .

أقول : مذهب الشيخ في مسائل الخلاف[٢]، واحتج عليه بالاخبار المروية عن النبي والائمة عليهم السلام «ويسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج»[٣] فبين أن الاهلة يعرف بها مواقيت الشهور والحج . ومن ذهب الى الحساب والجدول لايراعى الهلال أصلا ، وذلك خلاف القرآن .

وفي المبسوط : ويجوز عندي أن يعمل على هذه الرواية التي وردت بأنه يعد من السنة الماضية خمسة أيام ويصوم يوم الخامس[٤] لان من المعلوم أنه لا يكون الشهور تامة . وهذا عندي حسن ، لان العادة قاضية بذلك .

وأما العمل بالعدد ، فقد حكاه الشيخ في الخلاف[٥] عن بعض الاصحاب ، والمراد بالعدد أن يعد السنة شهراً تاماً وشهراً ناقصاً . وهذا وان كانت العادة قاضية به ، لكن مااخترناه أكثر وجداناً ، فيكون أرجح .

---

(١) المبسوط ١ / ٢٦٨ .

(٢) الخلاف ١ / ٣٧٨ ، مسألة ٨ .

(٣) سورة البقرة : ١٨٩ .

(٤) المبسوط ١ / ٢٦٧ . تهذيب الاحكام ٤ / ١٧٩ ، ح ٦٩ .

(٥) الخلاف ١ / ٣٧٨ ، مسألة : ٨ .

قال رحمه الله : ولايجب الصوم على الصبي والمجنون الا أن يكملا قبل طلوع الفجر ، ولو كملا بعد طلوعه لم يجب على الاظهر .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن شرط الوجوب البلوغ قبل الفجر ، وذهب الشيخ في موضع من الخلاف[1] الى وجوب الصوم عليه مطلقاً ، سواء حصل البلوغ قبل الفجر أو بعده .

لنا ـ أن الصوم عبادة لاتقبل التبعيض ،ولاخلاف أن التكليف لم يتناوله أولا فلايتناوله ثانياً .

احتج بأنه بالغ مكلف ، فيدخل تحت الامر بالصوم ،كسائر البالغين .

والجواب : قد بينا الفرق بينه وبين غيره ، وكذا البحث في المجنون .

قال رحمه الله : وكذا المغمى عليه ـ الى آخره .

اقول : قد استقصينا البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : والاقامة أو حكمها ـ الى قوله : ـ كان حكمه حكم المريض في الوجوب وعدمه .

اقول : معناه ان قدم قبل الزوال ولم يتناول شيئاً وجب الصوم ، والافلا.

قال رحمه الله : والكافر وان وجب عليه ، لكن لايجب القضاء ، الا ماأدرك فجره مسلماً ، ولو أسلم في أثناء اليوم أمسك استحباباً ، ويصوم مايستقبله وجوباً وقيل : يصوم اذا أسلم قبل الزوال ، وان ترك قضى ، والاول أشبه .

اقول : القولان للشيخ رحمه الله ، والاستدلال عليهما قريب مماسبق ، فلا نطول باعادته .

قال رحمه الله : ويستحب الموالاة في القضاء احتياطاً للبراءة . وقيل : بل يستحب التفريق للفرق . وقيل : يتابع في ستة ويفرق الباقي للرواية ، والاول

---

(١) الخلاف ١/ ٣٩٣ ، مسألة : ٥٧ .

أشبه .

أقول : الاول ذهب اليه الشيخ رحمه‌الله وأبوالصلاح وابن الجنيد، عملا بالاحتياط ، اذمع اعتماد ذلك تحصل البراءة قطعاً ، بخلاف ما لوفرق ، ولان فيه مسابقة الى الخيرات ، فيكون أرجح . والثاني مستنده رواية عمار الساباطي عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام[1]. ولان‌الفرق بين القضاءوالاداء ليس الابذلك. والثالث مستنده هذه الرواية أيضاً .

واعلم أنه لاكثير فائدة في هذه المسألة ، فلهذا اختصرنا البحث فيها .

قال رحمه الله : ولواستمر به المرض الى رمضان آخر، سقط قضاؤه على الاظهر ، وكفر عن كل يوم من السالف بمد من طعام .

أقول : للاصحاب في هذه قولان ، أحدهما : سقوط قضاء الاول ، والصدقة عن كل‌يوم منه بمد، اختاره الشيخان ومن تبعهماوأبوعلي‌ابن الجنيد وابنا بابوية.

والثاني وجوب القضاء فقط ، ذهب اليه ابن أبي عقيل وأبي الصلاح وابن ادريس . والحق الاول لوجوه :

الاول : أصالة براءة الذمة ينفي[2]وجوب القضاء ، ترك العمل بها في صورة عدم الاستمرار ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

الثاني : انه عذراستوعب وقت الاداء والقضاء فسقطا أما استيعابه وقت الاداء فظاهر، اذ وفيه رمضان . وأما استيعابه لوقت القضاء ، فلان وفيه مابين الماضي والاتي، والتقدير استمراره من الماضي الى الاتي . وأما سقوطها حينئذ فظاهر، والالزم تكليف مالايطاق ، وهو ايقاع الفعل في غير وقت .

واعلم أن هذا الدليل ضعيف ، لانا لانسلم انحصار وقت القضاء فيما بين

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٧٥/٤ ، ح٤ .

(٢) في «س» : فيبقى .

الرمضانين ، والا اسقط القضاء مع البرء وقبل حضور الثاني وحصول الاعذار المانعة من الصوم غير المرض .

الثالث : الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

احتجوا بعموم قوله تعالى «فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر[١]».

والجواب : العام يخص للدليل ، وقد بيناه .

فرع :

واختلف في تقدير الفدية ، فقيل : مدان ، ومع التعذر[٢] مد . وقيل : مد من غير تفصيل ، وهو أولى .

لايقال : تخصيص الكتاب بخبر الواحد غير جائز .

لانا نمنع ذلك ، سلمنا لكن متى يكون ذلك اذا استفاضت الاخبار واشتهرت واعتضدت بعمل الاصحاب ، او اذا لم يعتضد الاول ـ ع م ـ[٣].

قال رحمه الله : ولو كان [له] وليان أو أولياء متساوون في السن ، تساووا في القضاء ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله ، وعليه دلت رواية حماد ابن عثمان عن الصادق عليه السلام[٤]، والتمسك بالاصل ، ولان الولي هو أكبر الاولاد ، وهو غير متحقق مع تساويهم في السنن ، فلا يكون الخطاب متوجهاً الى أحدهم لعدم صدق هذا الاسم عليه ، واختار ابن ادريس الثاني .

قال رحمه الله : وهل يقضى عن المرأة مافاتها ؟ فيه تردد .

---

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

(٢) فى «س» : العذر .

(٣) فى هامش «س» : صوابه والاول م وب . من نسخة الشيخ أحمد بن فهد .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٤٦/٤ - ٢٤٧ ، ح٥ .

اقول : منشؤه: وجه وجوب القضاء النظر الى المشاركة فيما يتوهم أنه علة وهي الاختصاص بالحباء ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله وابن البراج .

ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في امرأة مرضت في شهر رمضان ، أو طمثت ، أو سافرت ، فماتت قبل أن يخرج رمضان هل يقضى عنها؟ قال : أما الطمث والمرض فلا ، وأما السفر فنعم[١]. وظاهر رواية أبي بصير عنه عليه السلام[٢] يشعر بما قلناه .

ووجه السقوط الالتفات الى أصالة البراءة ، وهو فتوى ابن ادريس ، وأنكر الاول انكاراً عظيماً ، والاول عندي أقوى .

قال رحمه الله : اذا نسي غسل الجنابة ومر عليه أيام أو الشهر كله ، قيل : يقضي الصلاة والصوم ، وقيل : يقضي الصلاة حسب ، وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[٣] والمبسوط[٤] وأبوعلي ابن الجنيد ، ورواية ابن بابوية في كتاب من لايحضره الفقيه[٥] عملا برواية حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل أجنب في شهر رمضان ونسي أن يغتسل حتى خرج رمضان ، فقال عليه السلام : عليه أن يقضي الصلاة والصيام[٦].

ولانعقاد الاجماع على وجوب القضاء على المجنب اذا نام مع القدرة على الغسل ثم انتبه ثم نام ، واذا كان التفريط السابق مؤثراً في ايجاب القضاء ، وقد

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٤٩/٤ ، ح١٥ .
(٢) تهذيب الاحكام ٢٤٨/٤ ، ح١١ .
(٣) النهاية ص١٦٥ .
(٤) المبسوط ٢٨٨/١ .
(٥) من لايحضره الفقيه ١١٩/٢ .
(٦) تهذيب الاحكام ٣١١/٤ ، ح٦ .

حصل هنا تكرار النوم مع ذكر الجنابة أولا ، كان القضاء لازماً .

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس،وهو الاقرب ، عملا بأصالة براءة الذمة من وجوب القضاء ، ولان الطهارة انما هي شرط مع الذكر لامطلقاً ، بدليل انه لونام ناوياً للغسل ولمينتبه الى الصباح، يصح صومه اتفاقاً ، ولوكانت شرطاً على الاطلاق لما صح ، والرواية محمولة على الاستحباب ، والقضاء انما وجب في تلك الصورة ، لتكرار النوم مع نية الاغتسال ، فيكون ذاكراً للغسل ومفرطاً فيه في كل يوم ، فيلزمه القضاء لتفريطه . ولي في هذه المسألة نظر لايليق ايراده هنا .

قال رحمه الله : من وجب عليه صوم شهر متتابع غير معين بنذر ، فصام خمسة عشر يوماً ثم أفطر ، لم يبطل صومه وبنى عليه . ولو كان قبل ذلك استأنف وألحق به من وجب عليه [صوم] شهر في كفارة قتل الخطأ أوالظهارلكونه مملوكاً وفيه تردد .

اقول : منشؤه : الالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله ، ولمساواته الشهر المنذور ، ولدلالة مفهوم رواية موسى بن بكر عن الصادق عليه السلام[١] تارة ، وعن الفضيل بن يسار عن أبي جعفرعليه السلام اخرى قال: قال عليه السلام في رجل جعل على نفسه صوم شهر ، فصام خمسة عشر يوماً ، ثم عرض له أمر ، فقال : جاز له أن يقضي مابقي عليه ، وان كان أقل من خمسة عشريوماً لم يجز له حتى يصوم شهراً تاماً[٢].

قال شيخنا : الجعل قد يكون بالنذر ، وقد يكون بفعل مايوجب الصوم ، كالظهار وقتل الخطأ . وفي هذا التأويل تعسف ، لان المتبادر الى الذهن انما هو الاول فقط ، والمجاز انما يصار اليه للقرينة ، ولاقرينة هنا .

والنظر الى أصالة وجوب التتابع ، ترك العمل به في الشهر المنذور للنص

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٨٥/٤ ، ح٣٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٨٥/٤ ، ح٣٧ .

والاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداه ، وهو فتوى ابن ادريس .

قال رحمه الله : ويكره صوم الضيف نافلة من غير اذن مضيفه ، والاظهر أنه لاينعقد مع النهي .

اقول : لان لفظ الخبر[١] ورد مشتملا على النهي ، والنهي في العبادات يدل على الفساد . وتحقيق هذه المسألة في اصول الفقه .

قال رحمه الله : والمحضور تسعة : صوم العيدين ، وأيام التشريق لمن كان بمنى على الاشهر .

اقول : انما قال «على الاشهر» لان رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام[٢] يدل على جواز صوم هذه الايام بدلا عن الهدى ، وبعض الاصحاب حرم صومها مطلقاً .

قال رحمه الله : الشرائط المعتبرة في قصر الصلاة معتبرة في قصر الصوم، ويزيد على ذلك تبييت النية . وقيل: لايعتبر، بل يكفي خروجه قبل الزوال . وقيل: لايعتبر أيضاً ، بل يجب القصر ولو خرج قبل الغروب ، والاول أشبه .

أقول : المسافر اذا خرج الى السفر: فاماأن يكون خروجه قبل طلوع الفجر أو بعده ، والاول يجب عليه القصر اتفاقاً منا .

وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ : انما يسوغ له الافطار اذا بيت النية ليلا وكان خروجه قبل الزوال ، ولو كان بعده أمسك وعليه القضاء وهو اختيار ابن البراج ، ولم يتعرض في المبسوط[٣] للقضاء .

وقال المفيد وأبوعلي ابن الجنيد رحمهما الله : المعتبر خروجه قبل الزوال

---

(١) من لايحضره الفقيه ٢ / ٨٠ ، رواية الزهرى عن السجاد عليه السلام .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٩٧/٤ ، عن زرارة .

(٣) المبسوط ٢٧٧/١ .

سواءاً بيت النية أو لا ، ولو خرج بعد الزوال أثم .

وقال علم الهدى : أي وقت خرج وجب عليه الافطار ولو قبل الغروب بلحظة . واختاره ابن ادريس ، وهو مذهب علي بن بابوية وابن أبي عقيل .

احتج الشيخ رحمه الله بقوله تعالى « ثم أتموا الصيام الى الليل »[1] وهو عام في كل صيام ، بدليل صحة الاستثناء الذي يخرج من الكلام مالولاه لدخل ، ولاتفاق أهل اللغة عليه ، ترك العمل به مع تبييت نية السفر ، للاجماع والنص ، فيبقى حجة فيما عداه ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

احتج المفيد برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل يخرج من بيته وهو يريد السفر وهوصائم، قال: ان خرج قبل أن ينتصف النهارفليفطروليقض ذلك اليوم ، وان خرج بعد الزوال فليتم صومه[2]. ويحمل على من بيت النية ، جمعاً بين الادلة .

واحتج المرتضى برواية عبدالله بن بكير عن عبدالاعلى مولى آل سام في الفطر يريد السفر في رمضان، قال: يفطر وان خرج قبلأن يغيب الشمسبقليل[3] وهي مقطوعة السند ، فلاحجة فيها .

وقوله «كل سفر يجب به قصر الصلاة » الى آخر الكلام .

قلنا : قد مر تحقيق هذا في كتاب الصلاة .

قال رحمه الله: الهم والكبير وذوالعطاش يفطرون في رمضان ، ويتصدقون عن كل يوم بمد منطعام ، ثم ان أمكن القضاء وجب، والا سقط . وقيل : انعجز الشيخ والشيخة ، سقط التكفير كما يسقط الصوم ، وان أطاقا بمشقة كفرا، والاول

---

(١) سورة البقرة : ١٨٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/٢٢٨ – ٢٢٩ ، ح٤٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/٢٢٩ ، ح٤٩ .

أظهر .

اقول : ايضاح هذه تتوقف على بحوث :

الاول: الشيخ والشيخة اذا عجزا عن الصوم أصلا أفطرا اجماعاً، وهل تجب الكفارة ؟ قال الشيخ : نعم ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن أبي عقيل وابنا بابوية عملا بظاهر الاحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

وقال المفيد وعلم الهدى : لاتجب، وتبعهما سلار وابن ادريس ، عملا بقوله تعالى « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين »[1] دل بمفهومه على سقوط الفدية عن غير المطيق ، لان عدم القدرة مسقط للتكليف . ودلالة المفهوم ضعيفة ، فلا يعارض المنطوق ، وعدم القدرة شرط للتكليف[2] بالصوم ، وليس البحث فيه .

لايقال: الكفارة امابدل عن واجب، أومسقطة لذنب صادر، وكلاهمامنفيان.

لانا نقول : لانسلم الحصر .

الثاني : أن يطيقاه بمشقة ، فهنا يجب الصوم اجماعاً منا .

الثالث : ذو العطاش اما أن يرجى برؤه أو لا ، فهنا قسمان : أما الثاني ، فذهب أكثر الاصحاب الى وجوب الكفارة عليه ، وقال سلار : لاتجب .

لنا ــ مارواه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الشيخ الكبير والذي به العطاش لاحرج عليهما أن يفطر في شهر رمضان ، ويتصدق كل واحد منهما بمد من طعام ، ولاقضاء عليهما ، وان لم يقدرا فلاشيء عليهما[3].
والقضاء انما تسقط عن الذي لايرجى برؤه لعجزه .

احتج بأصالة البراءة ، وهي معارضة بالرواية المعتضدة بعمل الاعيان من

---

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

(٢) في «س» : للتكاليف .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣٨/٤ ، ح٤ .

الاصحاب . وأما الاول ، فذهب الشيخ رحمه الله الى وجوب الكفارة عليه أيضاً وتبعه سلار وابن البراج، عملا بظاهر الرواية السابقة. وقال المفيد والسيد المرتضى: لاتجب ، وتبعهما ابن ادريس ، عملا باصالة البراءة، ولانه مريض ، فلايجب عليه القضاء لغيره من المرضى .

قال رحمه الله : والمجنون والمغمى عليه ـ الى آخره .

اقول : قد مر البحث في هذه المسألة مستقصى .

قال رحمه الله : من يسوغ له الافطار يكره له التملي من الطعام والشراب ، وكذا الجماع وقيل : يحرم . والاول أشبه .

اقول : الاول مذهب أبي علي ابن الجنيد ، وتبعه ابن ادريس ، عملا بقوله تعالى « فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر »[1] قال المفسرون: معناه فليفطر وعليه عدة من أيام أخر ، ويؤيده الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وتبعه أبو الصلاح ، محتجاً بروايات كثيرة ، وتحمل على الكراهية الشديدة ، جمعاً بين الاخبار .

---

(١) سورة البقرة : ١٨٤ .

الفصل الرابع

(في ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الاعتكاف)

قال رحمه الله : واذا مضى للمعتكف يومان ، وجب الثالث على الاظهر .

اقول : الاعتكاف : اما واجب ، أو ندب ، فالاول يلزم بالشروع فيه اكمال ثلاثة أيام ان لم يكن معيناً اتفاقاً منا . قال المصنف : والوجه صحة اتيانه بيوم من الواجب وآخرين من غيره ، نعم لايجوز تفريق الساعات على الايام ، خلافاً للشافعي.

وأما الثاني ، فقد اختلف الاصحاب فيه ، فقال الشيخ في المبسوط[1] يجب بالشروع اكمال ثلاثة أيام ، عملا باطلاق الاحاديث الموجبة للكفارة على المعتكف وبه قال أبو الصلاح الحلبي كالحج .

وقال في النهاية[2] ان مضى عليه يومان وجب الثالث والا فلا ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن حمزة ، عملا برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : اذا اعتكف يوماً[3] ولم يكن اشترط ، فله أن يخرج ويفسخ اعتكافه ، فان أقام يومين

---

(١) المبسوط ٢٨٩/١ .

(٢) النهاية ص١٧١ .

(٣) قال في هامش «س» : في نسخة شيخنا رحمه الله هنا « يومان » وفي هذه « يوم » وهو مناسب ، تحصيلا للفرق وعدم التكرار .

ولم يكن اشترط لم يكن له أن يخرج ويفسخ اعتكافه حتى تمضي ثلاثة أيام[١].

وقال علم‌الهدى: لايجب بالشروع ، سواء مضى يومان أولم يمض، واختاره ابن ادريس والمصنف في المعتبر[٢]، وهو الاقوى عندي .

لنا ــ اصالة براءة الذمــة ، ولان الوجوب حكم شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، ولانها عبادة مندوبة ، فلاتجب بالشروع كغيرهــا ، والحج انما أوجبناه للدليل القطعي، وهو قوله تعالى « وأتموا الحج »[٣] والمطلق لاعموم له،فيكفي في العمل به تنزيله على صورة واحدة ، والرواية محمولة على تأكد الاستحباب جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : اذا نذر اعتكاف شهر معين ولــم يشترط التتابع ، فاعتكف بعضه وأخل بالباقي ، صح مافعل وقضى ماأهمل ، ولو تلفظ فيه بالتتابع استأنف.

أقول : الفرق بين الشهر المعين وبين المنذور متتابعاً ، أن وجـوب تتابعه لضرورة الوقت، لا لان التتابع مقصود فيه بالذات، فاذا اعتكف بعضه كان صحيحاً مجزياً ، لوقوعه على الوجه المأمور به شرعاً ، ويجب عليه قضاء الباقي فقط .

وأما المنذور متتابعاً ، فقد صــار التتابع مقصوداً فيه بالذات . فاذا اعتكف بعضها وأخل ببعض ، وجب الاستئناف لاخلاله بالصفة .

واعلم أن تحقيق هذا المقام أن نقول : الشهر المنذور لايخلو من أحد أمرين : اما أن ينذره مسمى، كأن يقول : لله علي أن اعتكف شهر رمضان. أولا ، كأن يقول: لله علي أن اعتكف شهراً ويطلق . والاول على أقسام :

الاول : أن يضيف الى ذلك التعيين فقط كأن يقول : شهر رمضان هذه السنة.

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/ ٢٩٠ ، ح١١ .

(٢) المعتبر ٢/ ٧٣٧ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٦ .

الثاني أن يضيف اليه التتابع فقط .

الثالث أن يضيف اليه التعيين والتتابع معاً ،كأن يقول : رمضان هذه السنة متتابعاً .

الرابع : أن ينذره مسمى ويطلق .

فالقسم الاول يجب التوالي فيه ، فان أخل ببعضه أو به جميعاً ، فهل تجب القضاء ؟ اشكال، ينشأ : من أن النذرلم يتناول غيرهذا الرمضان المعين ، والاصل براءة الذمة ، والقضاء فرض ثان يحتاج الى دليل ثان ، ومن أن نذرالشهر المعين قد يضمن شيئين : أحدهما اعتكاف شهر ، والثاني انحصار ذلك في رمضان هذه السنة ، وارتفاع أحد القيدين لايستلزم الاخر ، فان أوجبناه فالوجه عدم وجوب قضاء الجميع ، بل انما يجب قضاء ما أهمل ، وهل يجب التوالي في القضاء ؟ الوجه لا .

والبحث في القسم الثالث كالاول، لكن الوجه هنا وجوب التتابع في القضاء.

وأما القسم الثاني والرابع ، فلايتحقق فيهما القضاء ، بل أي شهر رمضان اعتكفه جميعاً كان واقعاً عن النذر . ولو اعتكفه بعضه،وجب عليه استئناف الاعتكاف عند حضور آخر ، لان النذر مطلق غير معلق برمضان معين ، فأي رمضان حصل ذلك فيه كان واقعاً عن النذر من رأس .

وأما القسم الثاني ، وهو أن ينذر شهراً مطلقاً ، فاما أن يشترط فيه التتابع أو لا ، فان شرط وجب .

ولو اعتكف بعض شهر وأخل بالبعض الاخر ، وجب عليه الاستئناف من رأس ، للاخلال بالصفة . فلايكون آتياً بالمنذور ، فيبقى في عهده التكليف ،وان لم يشترط جاز أن يعتكف ثلاثة ثلاثة، بل يصح أن يأتي بيوم من المنذور وآخرين من غيره .

وقال في المعتبر : لكن على مذهبنا لايصح أقل من ثلاثة[١].

هذا تحقيق ماعندي في هذا المقام .

قال رحمه الله : والثاني لايجب المضي فيه ـ الى آخره .

أقول : قد سبق البحث في هذه مستوفى .

قال رحمه الله: انما يحرم على المعتكف [ستة:] النساء لمساً وتقبيلاوجماعاً وشم الطيب على الاظهر .

أقول : للشيخ في تحريم شم الطيب على المعتكف قولان ، ومستند المنع مارواه أبوعبيدة عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: المعتكف لايشم‌الطيب ولايتلذذ بالريحان ولايماري ولايشتري ولايبيع[٢].

ومستند الجواز أصالة الاباحة . والاول أقوى ، والاصل يخالف للدليل .

قال رحمه الله : وقيل : يحرم عليه مايحرم على المعتكف ، ولم يثبت ، فلا يحرم عليه لبس المخيط ، ولا ازالة الشعر ، ولا أكل الصيد ، ولا عقد النكاح ، ويجوز له النظر في معاشه ، والخوض في المباح .

أقول : القائل بهذا هو الشيخ في بعض كتبه ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وقال في المبسوط : وروي أنه يجتنب مايجتنبه المحرم . وذلك مخصوص بما قلناه ، لان لحم الصيد لايحرم عليه وعقد النكاح مثله[٣]. واختاره المتأخر ، وهو الحق ، عملا بالاصل .

احتج بأن القليل تابع للكثير ، ولا جرم أن أكثر مايحرم على المحرم يحرم على المعتكف ، فيحرم عليه الجميع ، تغليباً للكثرة وبمنع التبعية .

---

(١) المعتبر ٧٢٨/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٨٨/٤ ، ح٤ .

(٣) المبسوط ٢٩٣/١ .

قال رحمه الله : ومن مات قبل انقضاء اعتكافه الواجب ، قيل : يجب على الولي القيام به ، وقيل : يستأجر من يقوم به . والاول أشبه .

اقول : القولان قد حكاهما الشيخ في المبسوط عن الاصحاب ، واستدل عليهما بعموم ماروي أن من مات وعليه صوم واجب ، وجب على وليه القضاء عنه أو يتصدق عنه[١].

وقال في المعتبر : وماذكره الشيخ رحمه الله ان ثبت كان دالا على وجوب قضاء الصوم ، أما الاعتكاف فلا[٢].

وقلنا : اذا سلم أن على الولي قضاء جميع مافات الميت من الصيام ، لزمه القول بوجوب قضاء هذا الصوم ، لانه صوم لزم الميت على هيئة مخصوصة ، ولايمكن الاتيان بمثله الا على هذه الهيئة، أعني: هيئة الاعتكاف، ومالايتم الواجب الا به فهو واجب ، والا لزم تكليف مالايطاق ، أوخروج الواجب عن كونه واجباً وهما محالان .

فرع :

هذا الاستدلال انما يتمشى أن لولم يكن عليه صوم حال نذر الاعتكاف ، أما لو كان عليه صوم سابق ، وجب عليه قضاء الصوم فحسب،لان الاعتكاف لم يوجب صوماً حينئذ .

قال رحمه الله : كل مايفسد الصوم يفسد الاعتكاف ـ الى قوله : ـ ومنهم من خص الكفارة بالجماع حسب ، واقتصر في غيره من المفطرات على القضاء وهو الاشبه .

---

(١) المبسوط ١/٢٩٣-٢٩٤ .

(٢) المعتبر ٢/٧٤٤ .

اقول: لاخلاف في وجوب الكفارة بالجماع الحاصل بالاعتكاف الواجب وهل تجب بحصوله في الاعتكاف المندوب؟ ظاهر فتاوي علمائنا نعم ، وعندي فيه تردد .

وانما الخلاف في وجوب الكفارة بفعل ماعداه من المفطرات ، فقال المفيد والشيخ وعلم الهدى : تجب الكفارة بكل مفطر يوجب الكفارة في رمضان وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[1]، بناءاً على أن الاعتكاف المندوب يلزم بالشروع.

وقال في المعتبر : ان أرادوا الاعتكاف المنذور المقيد بزمان معين كان حسناً وان أرادوا الاطلاق فلا أعرف المستند ، فان كان تمسكاً باطلاق الاحاديث ، فهي مختصة بالجماع فحسب[2].

وماقاله حسن ، لان فطر النذر المعين موجب للكفارة منفرداً عن الاعتكاف، فمع انضمامه أولى .

ولو خصا ذلك ـ أعني : الشيخين ـ باليوم الثالث ، أو بالاعتكاف الواجب كان أنسب بمذهبهما ، لانهما لايريان وجوب ماعداه ، اذ لامعنى لاتجب الكفارة مع جواز الرجوع ، وظاهر كلام ابن ادريس سقوط الكفارة مطلقاً ، ونقله الشيخ في المبسوط[3] عن بعض الاصحاب ، وهو قوي .

لنا ـ أصالة براءة الذمة .

احتج الثلاثة باطلاق الاحاديث ، وهي مختصة بالجماع فحسب ، والتعدي قياس ، ونحن لانقول به .

قال رحمه الله : وتجب كفارة واحدة ان جامع ليلا . وكذا ان جامع نهاراً

---

(١) المبسوط ١/٢٩٤ .

(٢) المعتبر ٢/٧٤٢ .

(٣) المبسوط ١/٢٩٤ .

في غير رمضان ، وان كان فيه لزمه كفارتان .

أقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب بعضهم الى وجوب كفارتين بالوطيء نهاراً ، سواء كان في رمضان أو غيره ، وهذا قول علم الهدى.

ويمكن أن يحتج له بأن الجماع في الاعتكاف سبب في وجوب الكفارة ، وكذا في الصوم ، فعند اجتماعهما تجب الكفارتان . أما أولا ، فلاستحالة اجتماع العلل على المعلول الواحد . وأما ثانياً ، فلان التداخل على خلاف الاصل ، فلا يصار اليه الا لدليل ، ونمنع ايجاب الصوم للكفارة مطلقاً ، بل انما يوجبه اذا كان معيناً ، اما بالاصالة كرمضان ، أو بالنذر .

وذهب بعضهم الى وجوب كفارة واحدة وأطلق ، وهو ظاهر كلام شيخنا المفيد . والحق ماذكره المصنف ، والاستدلال عليه قريب مما سبق . وأما الجماع ليلا ، فانه يوجب كفارة واحدة اجماعاً .

فرع :

لو جامع المعتكف في النذر المعين ، وجب عليه كفارتان ، كما لو جامع في نهار رمضان .

قال رحمه الله : الارتداد موجب للخروج من المسجد ، ويبطل الاعتكاف . وقيل : لا يبطل ، وان عاد بنى ، والاول أشبه .

أقول : للاصحاب في هذه قولان :

أحدهما : بطلان الاعتكاف ذكره في الخلاف[1]، لان الارتداد اما عن فطرة أو غيرها ، والاول يجب به القتل ، فيجب اخراجه له . والثاني الاخراج من المسجد ، لان المتصف به نجس ، ولايجوزادخال النجاسة الى المساجد ووجوب

---

(١) الخلاف ١/٤٠٧ ، مسألة ٢٠ .

الاخراج مناف للاعتكاف ، فيبطل لاستحالة اجتماع المتنافيين .

والاخر : لايبطل ، ولو عاد الى الاسلام بنى على اعتكافه ، ذكر ذلك الشيخ في المبسوط[١]، محتجاً بأصالة صحة العبادة ، ولان المقتضي للبطلان قد زال ، فيزول بزواله ، والاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بيناها ، والاعتكاف الواحد غير قابل للتبعيض .

أما لو نذر اعتكافاً معيناً زائداً على الثلاثة ، ثم ارتد بعد اعتكاف ثلاثة فصاعداً صح مافعل وقضى ماأهمل ان كان ثلاثة فصاعداً . ولو كان أنقص من ذلك أضاف اليه مايتم به ثلاثة . ولو كان عوده قبل الخروج أتم مابقي منه ان كان ثلاثة .

ولو كان أقل ، عقبه بالقضاء ليتم ثلاثاً ، أو يضيف اليه مايتم به ذلك ، ثم قضى الفائت بعد ان كان ثلاثة ، وان كان أقل عقبه بالاتمام ، أو يضيف اليه مايتم به ثلاثة ، اذ لااعتكاف أقل منها . وكذا لو كان النذر مطلقاً ، الا أن القضاء هنا غير متحقق .

قال رحمه الله : اذا أكره امرأته على الجماع ، وهما معتكفان نهاراً في شهر رمضان ، لزمه أربع كفارات . وقيل : يلزمه كفارتان ، وهو الاشبه .

اقول : هذا التفصيل انما يتمشى على قاعدة من لايوجب الكفارتين الا بالجماع في نهار شهر رمضان ، وأما من يوجبهما بالجماع في النهار مطلقاً، سواء كان في رمضان أو غيره ، فانه يلزمه ايجاب أربع كفارات مطلقاً ، وقد التزم به في المبسوط قال : وان كان ليلا لزمه كفارتان ، على قول بعض أصحابنا[٢].

وكذلك علم الهدى وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، لكن لما كان هذا القول ضعيفاً عنده عدل عن التفريع عليه ، وفرع على القول

---

(١) المبسوط ١ / ٢٩٤ .

(٢) المبسوط ١ / ٢٩٤ .

القوي عنده .

وانما وجبت الاربع على المكره ، لان الجماع فعل واحد أوجب الكفارة على الفاعل،ومع حصول الاكراه منه يكون الفعل في الحقيقة صادراً عنه فيتضاعف الكفارتان عليه .

وأما القول الثاني ، فلا أعرف به قائلا من الاصحاب ، لكن يتأتى على قول ابن أبي عقيل ، لانه لايوجب تضاعف الكفارة على المكره امرأته في نهار رمضان بل يوجب عليه كفارة واحدة فقط، ويوجب عليها القضاء حسب ، وقد عرفت ان الاجتهاد في مقابلة النص مردود . وكذا لوكان الاكراه في النذر المعين على اشكال.

أما لو كان الاكراه في غيرهما ، فالاقوى عدم التحمل ، عملا بأصالة براءة الذمة ، ولان التعدي قياس ، ونحن لانقول به ، ولان المكره[1] لم يفطر،فلا كفارة عليها ، فلايتحقق التحمل حينئذ .

قال رحمه الله : اذا طلقت المعتكفة رجعية خرجت .

أقول : ينبغي أن يقال: انكان الاعتكاف مندوباً أو واجباً غير معين ، أويكون معيناً قد اشترط فيه الرجوع مع عروض العارض .

أما لولم يكن معيناً[2] ولم يشترط فيه ذلك ، فالاقوى وجوب الخروج ، لان الاعتداد في المنزل واجب ولايتم الا بالخروج .

ويحتمل وجوب الاكمال ثم الخروج بعد ، فيكون أولى لانه دين ، لقوله عليه السلام : دين الله أحق أن يقضى[3].

قال رحمه الله : اذا باع أو اشترى بطل اعتكافه ، وقيل : يأثم ولايبطل ،وهو

---

(١) في «م» : المفطرة .

(٢) في «م» : أما لو كان معيناً .

(٣) صحيح البخاري ٢ / ١٣٩ .

الاشيه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : لايفسد الاعتكاف جدال ولاخصومة ولا شقاق ولابيع ولاشراء ، وان كان لايجوز له فعل ذلك أجمع[١]. وظاهر كلام ابن ادريس أن ذلك يبطل الاعتكاف ما لم يضطر اليه . والحق الاول ، عملا بأصالة صحة العبادة .

احتج بأن الاعتكاف هو اللبث ، وهو ينافي الاشتغال بغيرها ، والجمع بين المتنافيين محال ، وانما سوغنا القدر المحتاج اليه للضرورة، ونمنع اشتراط دوام العبادة، والا بطل حالة النوم الذي لايضطر اليه والسكوت، والتالي باطل اجماعاً فكذا المقدم ، بيان الشرطية للابطال هناك خلو بعض أجزاء الزمان عن العبادة ، وهذا المعنى موجود حالة النوم والسكوت .

فرع :

وهل يصح البيع ؟ قال الشيخ : لا ، لانه منهي عنه، والنهي يدل على الفساد وقد بينا ضعف هذه الحجة فيما سبق ، والوجه الصحة ، لانه عقد صدر من أهله في محله فيكون ماضياً .

قال رحمه الله : اذا اعتكف ثلاثة متفرقة ، قيل : يصح ، لان التتابع لايجب الا بالاشتراط ، وقيل : لا ، وهو الاصح .

اقول : قال في الخلاف : اذا نذر اعتكاف ثلاثة أيام متتابعات ، لزمه ثلاث بينها ليلتان ، وان لم يشترط التتابع جاز أن يعتكف نهاراً ثلاثة أيام دون لياليها[٢] وبمعناه قال في المبسوط[٣].

(١) المبسوط ١/٢٩٥ .

(٢) الخلاف ١/٤٠٩ مسألة : ٢٥ .

(٣) المبسوط ١/٢٩١ .

والوجه دخول الليالي ، وقد ذكر ذلك في هذا الكتاب أيضاً ، أعني : الخلاف ، فقال : لايكون الاعتكاف أقل من ثلاثة أيام بليلتين[١].

لنا ـ النصوص الدالة على أن أقل الاعتكاف ثلاثة أيام ، واليوم اذا أطلق دخل فيه الليلة وبالعكس .

(١) الخلاف ١/٤٠٥ مسألة : ١١ .

الفصل الخامس

(في ايضاح الترددات المذكورة في كتاب الحج)

قال رحمه الله : ولودخل الصبي المميز والمجنون في الحج ندباً ، ثم كمل كل واحد منهما وأدرك المشعر ، أجزأ عن حجة الاسلام ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى فتوى الاصحاب ، ولانه زمان يصح انشاء الحج فيه ، فكان مجزياً ، بأن يجدد نية الوجوب ، وبه قال الشافعي .

والالتفات الى أنه لم يوقع الاحرام والتلبية على الوجه المأمور به شرعاً ، ولان الاصل أن الافعال المندوبة لايجزي عن الافعال الواجبة ، والاول أقوى . أما أولا ، فلموافقته فتوى الاصحاب . وأما ثانياً ، فلدلالة ظواهر الايات والاخبار عليه .

فـرع :

ولـو دخلا متمتعين بالحج الى العمرة وكانا ممن يجب عليهما التمتع عند بلوغهما ، ثم كملا قبل أحد الموقفين ، ففي الاجزاء عن العمرة المتمتع بها والحج أيضاً نظر ، لكن الاقوى العدم ، لفوات أكثر الافعال الواجبة ، فان قلنا به وجب عليه الاتيان بباقي الافعال لاغير ، وان لم يفعل به احتمل وجوب اكمال باقي أفعال

الحج ، ثم الاتيان بعمرة بعدهـا ، ان كانت أشهر الحج بـاقية ، وبسقط الترتيب للضرورة ، والا ففي العام المقبل .

وفي وجوب الحج حينئذ بعد اكمالها نظر ، ينشأ : من اصالة البراءة، ومن قوله عليه السلام : دخلت العمرة في الحج هكذا وشبك بين أصابعه صلى الله عليه وآله[١].

قال رحمه الله : الثالث الـزاد والراحلة ، وهما يفتقران في مـن يفتقر الى قطع المسافة .

اقول : ليس المراد وجود عين الزاد والراحلة ، بل يكفيه التمكن منهما،اما عيناً ، أو استيجاراً للراحلة أو الزاد .

قال رحمه الله : ويجب شراؤهما ولـو كثر الثمن مع وجوده . وقيل : ان زاد عن ثمن المثل لم يجب ، والاول أصح .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط[٢]، وليس بجيد .

لنا ــ انه مستطيع ، فيجب عليه الحج ، والمقدمتان ظاهرتان .

احتج بأن فيه اضراراً ، فيكون منفياً لقولـه عليه السلام « لاضرر ولااضرار »[٣] ولا ضرر مع القدرة على الثمن ، سلمنا لكن العام يخص المدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله : ولو بذل له زاد وراحلة ونفقة له ولعياله وجب عليه ، ولـو وهب له مال لم يجب قبوله .

اقول : الفرق بين البذل والهبة أن البـذل لايفتقر الى قبول ، بخلاف الهبة فانها تفتقر اليه ، وهوغير واجب ، لانه تحصيل لشرط الوجوب ، وقد عرفت أن شرط الـواجب المقيد غير واجب ، اذ لايتحقق الوجوب بدونـه ، فقبله لايكون

---

(١) سنن ابن ماجة ٢/١٠٢٤ ، برقم : ٣٠٧٤ .

(٢) المبسوط ١/٣٠٠ .

(٣) عوالي اللئالي ١/٣٨٣ و٢/٧٤ و٣/٢١٠ .

واجباً ، بخلاف المطلق ، لورود الامر هنا مطلقاً بخلاف الاول .

وشرط ابن ادريس تمليك المبذول ، ويجب أن يطالب بدليل مدعاه ، فان الروايات مطلقة ، وكذا فتاوي الاصحاب .

قال رحمه الله : ولايجب على الولد بذل ماله لوالده في الحج .

اقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية[١] على الوجوب ، وتبعه ابن البراج ، محتجين برواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام[٢].

وقال في المبسوط والخلاف : روى أصحابنا أنه اذا كان له ولد وجب أن يأخذ من ماله مايحج به ، ويجب عليه اعطاؤه[٣].

ومنع ابن ادريس، وهو الحق، لان ملك الزاد والراحلة شرط اتفاقاً، وليس ملك الولد ملكاً لوالده ، والرواية محمولة على جواز الاقتراض من مال ولده مع امكان القضاء .

قال رحمه الله : ولو منعه عدو ، أو كان معضوباً لايستمسك على الراحلة، أو عدم المرافق مع اضطراره اليه ، سقط الفرض ، وهل تجب الاستنابة مع المانع من مرض أو عدو ؟ قيل : نعم ، وهو المروي ، وقيل : لا .

اقول : الوجوب ذهب اليه الشيخ قدس الله روحه، وتبعه أبو الصلاح وابن البراج ، واختاره ابن الجنيد وابن أبي عقيل ، استناداً الى رواية معاوية بن عمار الصحيحة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان علياً عليه السلام رأى شيخاً لم يحج قط ولم يطق الحج من كبره ، فأمره أن يجهز رجلا فيحج عنه[٤]. وفي معناها رواية محمد بن

---

(١) النهاية ص٢٠٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥/٥ ، ح٤٤ .

(٣) المبسوط ٢٩٩/١ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٤/٥ ، ح٣٨ .

مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[١].

وغير ذلك من الروايات ، واختار ابن ادريس الثاني ، وهو أقرب ، لان الاستطاعة شرط ولم يحصل ، وقد عرفت أن الواجب المقيد انما يجب عند حصول شرطه. ولاصالة براءة الذمة ولدلالة مفهوم الرواية المروية عن أبي عبدالله عليه السلام[٢].

والروايات محمولة على الاستحباب ، أو على من استقر الحج في ذمته وعرض له ذلك بعد الاستقرار .

قال رحمه الله : ولو كان لايستمسك خلقة ـ الى آخره .

اقول : البحث في هذه كالبحث في السابقة ، وقد مر مستقصى .

قال رحمه الله : ولو كان في الطريق عدو لايندفع الا بمال ، قيل : يسقط وان قل ، ولو قيل : يجب التحمل مع المكنة . كان حسناً .

أقول : الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط[٣] والمصنف في المعتبر[٤]، وهو الاقوى ، لان تخلية السرب شرط وفاقاً ولم يحصل ، وقد عرفت أن تحصيل شرط الواجب غير واجب . وأما الثاني ، فضعيف جداً .

قال رحمه الله : ومن مات بعد الاحرام ودخول الحرم برأت ذمته . وقيل : يجتزىء بالاحرام . والاول أظهر . وان كان قبل ذلك ، قضيت عنه ان كانت مستقرة وسقطت ان لم يكن كذلك .

اقول : الحاج على ضربين : الاول من حج في عام الوجوب . الثاني من حج بعد استقرار الوجوب .

(١) تهذيب الاحكام ٥/١٤ ، ح٤٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/١٤ .

(٣) المبسوط ١/٣٠١ .

(٤) المعتبر ٢/٧٥٥ .

والاول يسقط عنه الفرض بموته مطلقاً ، سواء كان قبل الاحرام أو بعده،وقبل دخول الحرم أو بعده .

وأما الثاني ، فقد اختلف فيه، فقال فيالنهاية[١] والتهذيب[٢] بالاول،واقتصر في الخلاف[٣] على الاحرام ، واختاره ابن ادريس ، والاول أحق .

لنا ـ اصالة بقاء الحج في الذمة ، ترك العمل بها فيما اذا أحرم ودخل الحرم للدليل ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

احتج بأن المقصود التلبس بالحج وقد حصل بالاحرام .

والجواب المنع من المقدمة الاولى، بل المقصود قصد البيت، وانمايحصل بما قلناه .

قال رحمه الله : ولو حج المسلم ثم ارتد لم يعد على الاصح .

أقول : هذه اشارة الى ماقواه الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤] من وجوب الاعادة ، بناءاً علىأن المسلم لايكفر، وهذه القاعدة قد بينا فسادها فيعلمالكلام.

قال رحمه الله : ولو أحرم مسلماً ثم ارتد .

اقول : البحث في هذه كالسابقة .

قال رحمه الله : والمخالف اذا استبصر لايعيد الحج، الا أن يخل بركنمنه.

أقول : المشهور ماذكره ، وأوجب ابن الجنيد وابن البراج الاعادة مطلقاً وهوضعيف ، وتحمل الروايتان الدالتان عليها على الاستحباب، جمعاً بينالادلة.

---

(١) النهاية ص٢٠٣ ـ ٢٠٤ .

(٢) التهذيب ٥/١٥ .

(٣) الخلاف ١/٤١٥ .

(٤) المبسوط ١/٣٠٣ .

فائدة :

هل المراد بالركن ماهو ركن عندنا أو عندهم ؟ الأقرب الاول ، لانه الظاهر عند الاطلاق بالنسبة الينا .

قال رحمه الله : وهل الرجوع الى كفاية من صناعة أو مال أو حرفة شرط في وجوب الحج ؟ قيل : نعم ، لرواية أبي الربيع ، وقيل : لا ، عملا بعموم الاية ، وهو الاولى .

اقول : القول الاول مذهب الشيخ في المبسوط[1] والنهاية[2] والخلاف[3].

واحتج عليه بالاجماع ، وبأصالة البراءة ، وبرواية أبي الربيع الشامي قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجل « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »[4] فقال : مايقول الناس فيه ؟ قال فقيل له : الزاد والراحلة ، قال فقال أبو عبدالله عليه السلام : قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا ، فقال : هلك الناس اذن ، لئن كان من كان له زاد وراحلة قدر مايقوت به عياله ويستغني عن الناس ينطلق اليهم فيسلبهم اياه لقد هلكوا اذن .

فقيل لـه : ماالسبيل ، قال فقال : السعة في المال اذا كان يحج ببعض ويبقي بعض لقوت عياله ، أليس قد فرض الله الزكاة ، فلم يجعلها الا على من ملك مأتي درهم[5].

والاصل تخالف للدليل ، وكيف يستدل بالاجماع مع وقوع هذا النزاع ،

---

(١) المبسوط ١/٢٩٦ .

(٢) النهاية ص٢٠٣ .

(٣) الخلاف ١/٤١١ مسألة٢ .

(٤) سورة آل عمران : ٩٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥/٢ ـ ٣ ، ح١ .

والرواية قاصرة عن افادة المطلوب ، بل انما تدل على اشتراط وجود مايمونه ويمونعياله الى حين ايابه ، ونحن نقول به .

والثاني مذهب السيد المرتضى وابن أبي عقيل وابن الجنيد ، واختاره ابن ادريس ، حتى أنه ادعى الاجماع عليه ، ولعله أقرب، لعموم قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »[١] وهذا يصدق عليه أنه مستطيع .

ويؤيده قول الصادق عليه السلام : من كان صحيحاً في بدنه مخلا في سربه له زاد وراحلة ، فهوممن يستطيع الحج[٢]. وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام[٣]ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[٤].

قال رحمه الله: يقضى الحج من أقرب الاماكن، وقيل: يستأجر من بلدالميت وقيل : ان اتسع المال فمن بلده ، والا فمن حيث يمكن ، والاول أشبه .

اقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب الشيخ في المبسوط[٥] والخلاف[٦] الى الاول ، وان كان الافضل اخراجه من بلده، والمراد بأقرب الاماكن هنا الميقات ، عملا باصالة البراءة ، ولان الواجب ليس الا الحج ، وليس قطع المسافة جزءاً منه ، بدليل أنه لو اتفق حضور المكلف بعض المواقيت لا لقصد الحج أجزأه الحج من الميقات اجماعاً ، ولو كان قطع المسافة جزءاً منه لماصح هذا . واذا لم يكن القطع جزءاً ، لم يجب الاستيجار من البلد .

---

(١) سورة آل عمران : ٩٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣ ، ح٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣ ، ح٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٣ ـ ٤ ، ح٤ .

(٥) المبسوط ١/٣٠٤ .

(٦) الخلاف ١/٤١٦ مسألة١٨ .

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس، وظاهر كلام الشيخ في النهاية[١]، وهو فتوى ابن البراج ، عملا بالاحتياط ، ولان المخرج[٢] عنه كان يجب عليه الحج من بلده، ونفقة الطريق لازمة له، فمع الموت تكون لازمة في ماله، ونمنع وجوب الحج من بلده ، ويؤيده الفرض الذي قلناه .

والتفصيل الثالث منقول عن الشيخ رحمه الله جواباً في مسائل سئل عنها . ويمكن أن يحتج له بما احتج به ابن ادريس ، والجواب هو الجواب .

قال رحمه الله : ولو نذر الحج أو أفسد وهو معضوب ، قيل : يجب أن يستنيب . وهو حسن .

أقول : انما كان حسناً لشهادة الظاهر بأن فعل ذلك مع العلم بأن الافساد موجب للقضاء ، وأن النذر يوجب الوفاء ، يقتضي الالتزام باخراج ذلك من ماله وهذا القول ذكره الشيخ في المبسوط قال فيه: فان برىء فيما بعد تولاها بنفسه[٣].

قال رحمه الله : اذا نذر الحج ، فان نوى حجة الاسلام تداخلا ، وان نوى غيرها لم يتداخلا ، وان أطلق قيل : ان حج ونوى النذر أجزأ عن حجة الاسلام وان نوى حجة الاسلام لم يجز عن النذر . وقيل : لايجزي احداهما عن الاخرى وهو الاشبه .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية[٤] والتهذيب[٥] اذا حج بنية النذر أجزأ عن حجة الاسلام ، ولم يتعرض للقسم الاخر .

مصيراً الى مارواه رفاعة بن موسى النخاس عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن

---

(١) النهاية ص٢٠٣ .

(٢) في «س» : المحجوج .

(٣) المبسوط ٢٩٩/١ .

(٤) النهاية ص٢٠٥ .

(٥) التهذيب ١٣/٥ .

رجل نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام، فمشى هل يجزيه ذلك عن حجة الاسلام؟ قال: نعم . قلت : أرأيت لو حج عن غيره ولم يكن له مال وقد نذر أن يحج ماشياً أيجزي ذلك عن مشيه ؟ قال : نعم[1].

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ،وهو القول الاخر الشيخ ، وهو الحق .

لنا ـ أن النذر لابد له من متعلق ، وذلك المتعلق ليس الا حجة الاسلام ، اذ لو كان حجة الاسلام لزم تحصيل الحاصل، والتالي باطل بالضرورة، فالمقدم مثله.

وبيان الشرطية ظاهر ، اذ وجوب حجة الاسلام سابق على النذر ، واذا ثبت التغاير لم يجز احداهما عن الاخرى ، لان التداخل خلاف الاصل .

لايقال: لو وجب أن يكون متعلق النذر مغايراً لحجة الاسلام، لما صح نذرها و التالي باطل اجماعاً ، فالمقدم مثله .

لانا نلتزم ذلك ، وأي اجماع دل عليه ، بل انما دل على اجزاء حجة الاسلام مع نذرها ، وذلك لايدل على صحة النذر، سلمنا لكن النذر له فائدتان : احداهما ايجاب مالم يكن واجباً . الثانية ايجاب الكفارة مع ترك الملتزم ، وانما صح نذر حجة الاسلام للفائدة الثانية .

لايقال : فلم لاتحمله عند الاطلاق على حجة الاسلام بعين ماذكرتم ، عملا بأصالة البراءة .

لانا نقول : حمله على ماتحصل به الفائدتان أولى من حمله على ماتحصل فيه احداهما فقط ، ولما أمكن ذلك عند الاطلاق صرنا اليه بخلاف التقييد .

وبالجملة فهذا الاعتراض قوي ، والجواز ضعيف ، والرواية سالمة عن المعارض ، فيجب العمل بها .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٣/٥ ، ح٣٥ .

فـرع :

لو قلنابعدم التداخل، فقدم حجة النذرعلى حجة الاسلام، فالاقوى أنهلايجزىء عن احداهما ، أما عن حجة الاسلام فلعدم النية ، وأما عن المنذور فلعدم صلاحية الزمان ، لان وقته بعد حجة الاسلام اجماعاً .

وكذا البحث لو نوى غيرحجة الاسلام وقدم المنذورة، ويجيء على مذهب الشيخ قدس الله روحه انها تجزي عن حجة الاسلام ، وقد قواه في المبسوط(١) ، ولاأعرف وجهه ، وهو مذهب الشافعي .

قال رحمه الله : اذانذر الحج ماشياً وجب ، ويقوم في مواضع العبور .

أقول : هل الوقوف في موضع العبور واجب أومستحب ؟ فيه وجهان :

الوجوب، لمارواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن علياً عليه السلام سئل عن رجل نذرأن يمشي الى بيت الله يمربالمعبر، قال: ليقم في المعبرحتى يجوز(٢) وظاهرالامرالمطلق الوجوب، كمابيناه في كتاب الاصول . ولان الماشي جامع في مشيه بين القيام والحركة، ضرورة كون المشي ماهية مركبة منهما ، ونذرالمركب يستلزم نذرجميع أجزائه . واذا ثبت كون القيام منذوراً وجب الوفاء به اجماعاً.

والثاني : الاستحباب ، لان نذر المشي انما ينصرف الـى ما يصح المشي فيه ، فيكون موضع العبور مستثنى عادة ، ويعضده أصالة البراءة .

قال رحمه الله : فان ركب طريقه قضى ، وان ركب بعضاً ، قيـل : يقضي ويمشي مواضع ركوبه. وقيل: بل يقضي ماشياً ، لاخلاله بالصفة المشترطة . وهو أشبه .

---

(١) المبسوط ٣٠٣/١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٧٨/٥ ، ح٣٣٩ .

اقول :لاخلاف في وجوب القضاء مع ركوب جميع الطريق اختياراً ، سواء كان الوقت معيناً أولا . وتجب الكفارة في المعين للخلف .

أما لوأكره على الركوب ، فان كان الوقت معيناً لم تجب عليه القضاء ، لعدم تناول النذر له ، وانما أوجب القضاء مع الاختيار للتفريط ، وان لم يكن معيناً فاشكال ، ينشأ: من قوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[1]. ومن اقتضاء الحج ماشياً ولم يأت، فيبقى في العهدة، وهو أقوى . وكذا لوركب البعض مكرهاً .

أما لوركبه اختياراً ، قال الشيخ رحمه الله في كتبه : قضى بأن يركب مامشيه ويمشي ماركبه . وقال ابن ادريس : يجب عليه القضاء ماشياً في العام المقبل ، ولعله أقرب .

لنا ــ أنه علق الحج على شرط المسمى ولم يوجد، وقد عرفت أن عدم الشرط يستلزم عدم المشروط ، فيبقى في عهده التكليف ، ولانه أحوط .

ويمكن أن يحتج للشيخ رحمه الله بأن مشي الطريق ليس جزءاً من الحج ، واذاكان خارجاً عنه لم يكن صفة له ، اذالمشي يتناول الطريق الموصل الى الحج فكأنه نذر أن يمشي تلك الطريق حاجاً . واذا مشى في عامين حاجاً ، فقد حصل الامتثال ، ولايحمل النذر على أنه نذر ايقاع أفعال الحج ما شياً ، فان فرض كذلك لم يتحرج فتواه ، وهذا الوجه ذكره المصنف في نكت النهاية[2].

قال رحمه الله : ولو عجز قيل : يركب ويسوق بدنة . وقيل : يركب ولا يسوق . وقيل: ان كان مطلقاً توقع المكنة من الصفة ، وان كان معيناً بوقت سقط فرضه لعجزه ، والمروي الاول ، والسياق ندب .

---

(١) سنن ابن ماجة ٦٥٩/١ ، برقم : ٢٠٤٣ .

(٢) نكت النهاية ص٦٠٩ .

أقول: القول الاول ذكره الشيخ رحمه‌الله ، مصيراً الى الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذكره المفيد، نظراً الى سقوط النذر مع تحقق العجز، عملا بالاصل ، استناداً الى ظاهر رواية صفوان عن ابن أبي عمير عن رفاعة بن موسى قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ــ الحديث[1].

وأما التفصيل ، فقد ذكره المتأخر ، وهو حسن في المطلق .

واما سقوط فرض الحج المعين مع العجز عن المشي ، فليس بجيد ، لان الحج المنذور ماشياً قد يضمن شيئين : أحدهما الحج ، الثاني الاتيان به ماشياً ، وسقوط أحدهما للعجز لايستلزم سقوط الاخر، لوجود القدرة عليه، ويحمل السياق على الندب ، توفيقاً بين الادلة .

قال رحمه‌الله: ولاتصح النيابة عن المسلم المخالف، الاأن يكون أب النائب.

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخان قدس الله روحهما .

قال المصنف في المعتبر : وربما كان التفاتهم الى تكفير من خالف الحق ، ولاتصح النيابة عمن اتصف بذلك[2].

ونحن نقول : ليس كل مخالف للحق لاتصح منه العبادة ، ونطالبهم بالدليل عليه ، ونقول: اتفقوا[3] على أنه لايعيد عباداته التي فعلها مع استقامته سوى الزكاة.

والاقرب أن يقال : لاتصح النيابة عن الناصب ، ونعني به من يظهر العداوة والشنآن لاهل البيت عليهم السلام ، وينسبهم الى مايقدح في العدالة ، كالخوارج ومن ماثلهم .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥ / ٤٠٣ .

(٢) المعتبر ٢ / ٧٦٦ .

(٣) في المعتبر : اتفق .

ودل على ماقلناه رواية وهب بن عبد ربه عـن أبي عبدالله عليه السلام قلت : أيحج الرجل عن الناصب ؟ قال : لا ، قلت : ان كان أبي ؟ قال : ان كان أبوك فنعم[1].

واعلم أن ابن ادريس منع الاستثناء ، مدعياً الاجماع على المنع مطلقاً .

قال الشيخ نجم الدين: ولست أدري الاجماع الذي ادعاه أين‌هو ؟والتعويل ليس الا على المنقول عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو خبر واحد قد قبله الاصحاب ، وهو يتضمن الحكمين معاً ، فقبول أحدهما ورد الاخر ودعوى الاجماع غلط ،قبله محكمات يرغب عنها .

وأقول : ماذكره سديد .

قال رحمه الله : وهل تصح نيابة المميز ؟ قيل : لا ، لاتصافه بما يوجب رفع القلم . وقيل : نعم ، لانه قادر على الاستقلال بالحج ندباً .

أقول : الانسب بالمذهب أنه لاتصح نيابته ، لان حجه انما هو تمرين ، والحكم بصحته انما هو بالنسبة الى مايراد من تمرينه ، لا لانه تقع مؤثراً في استحقاق الثواب ، اذ شرط التكليف منتف بالنسبة اليه .

قال رحمه الله : ولاتصح نيابة من وجب عليه الحج واستقر ـ الى قوله : ـ ولو تطوع قيل : تقع عن حجة الاسلام ، وهو تحكم .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط[2]، وهو مذهب الشافعي ، والاستدلال لنا عليها يعرف من الاستدلال على الفرع المذكور في مسألة النذر .

ويمكن أن يحتج الشيخ رحمه الله بأن نية حجة التطوع يستلزم نية الحج المطلق ، ضرورة كون المطلق جزءاً من المقيد ، واذا ثبت استلزامها لها ، وجب

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤١٤ ، ح٨٧ .

(٢) المبسوط ١/٣٠٢ .

صرف المطلق الى حجة الاسلام ، لثبوتها في الذمة والغاء الزيادة ، وهو غلط ، لان المطلق يستحيل وجوده الا في أخذ جزئياته وجزئياته متضادة .

واعلم أن الشيخ رحمه الله في الخلاف[1] جوز التطوع لمن عليه حج واجب وهو وهم ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك .

قال رحمه الله : ومن استوجر فمات في الطريق ـ الى آخره .

اقول : البحث في هذه المسألة كالبحث في مسألة الاصيل ، وقد تقدم .

قال رحمه الله : ويجب أن يأتي بما شرط عليه : من تمتع ، أو قران أو افراد وروي : اذا أمر أن يحج مفرداً أو قارناً ، فحج متمتعاً ، جاز لعدوله الى الافضل لا مع تعلق الغرض بالقران أو الافراد .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في كتبه ، قال : لانه عدل الى الافضل .

قال رحمه الله : وكذا لو أمر أن يحج مفرداً فقرن جاز أيضاً ، لانه أتى بالافراد وزيادة ، تمسكاً برواية أبي بصير عن أحدهما في رجل أعطى رجلا دراهم يحج عنه حجة مفردة يجوز له أن يتمتع بالعمرة الى الحج ؟ قال : نعم ، انما خالف الى الفضل والخير[2].

وقلنا ـ ان الاجارة تناولت نوعاً معيناً ، فلايجوز العدول الى غيره ، لانها لم تتناوله ، فالاتيان به اتيان بغير ماوقع عليه عقد الاجارة ، فلايكون مبرءاً للذمة .

ونحمل الرواية على من استوجر للتطوع ، وعلم أن قصد المستأجر الاتيان بالافضل ، فعرف الاذن من قصده ارادة الافضل ، فيجوز الاتيان به لما ذكرناه ويخرج عن العهدة .

---

(١) الخلاف ١ / ٤١٦ ، مسألة ١٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٤١٦ ، ح٩٢ ، وفيه : والخبر الذي رواه الخ .

وحملها الشيخ رحمه الله في التهذيب[١] على من وجب عليه التمتع ، فلو أمر بالافراد عنه ، جاز له العدول عنه الى التمتع ، لانه فرض المحجوج عنه وان كان أمر بالافراد ، ومع هذا فهي معارضة برواية الحسن بن محبوب عن علي عليه السلام[٢].

قال رحمه الله : ولو شرط الحج على طريق معين ، لم يجز العدول ان تعلق بذلك غرض . وقيل : يجوز مطلقاً .

أقول : القائل بالجواز مطلقاً هو الشيخ رحمه الله ، تمسكاً بالاصل ، ولان المقصود بالذات هو الحج وقد فعله ، فيكون مجزياً .

ونحن نقول : ان تعلق بالطريق المعين غرض صحيح لم يجز العدول عنه ، وان صح الحج ويرجع عليه بالتفاوت ، والا جاز .

أما الاول ، فلانه شرط سائغ ، فيجب الوفاء به . أما الاولى ففرضية ، وأما الثانية فاتفاقية . واذا ثبت وجوب الوفاء به ، حرم العدول عنه .

واما الرجوع عليه بالتفاوت ، فلان عقد الاجارة يقتضي تقسيط الاجرة على المسافة والافعال ، فاذا فعل بعض المسافة نقص من الاجرة بقدر مانقص منها.وقال الشيخ : لايرجع ، اذ لادليل عليه وقد بيناه .

وأما صحة الحج مع العدول عن الطريق المعين ، فلاتيانه بالمعقود عليه ذاتاً وعليه دلت رواية حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أعطى رجلا حجة يحج عنه من الكوفة ، فحج من البصرة ، قال : لا بأس[٣].

---

(١) التهذيب ٥/٤١٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٤١٦ ، ح٩٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٤١٥ ، ح٩١ .

قال رحمه الله : ولو صد قبل الاحرام ودخول الحرم ، أستعيد من الاجرة بنسبة المتخلف ، ولو ضمن الحج في المستقبل لم يجب اجابته ، وقيل : يلزم .

اقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله ، والثاني اختاره المصنف .

والتحقيق أن نقول : الاجارة اما أن يكون معينة أو مطلقة ، فان كانت معينة وصد قبل الاحرام ودخول الحرم ، انفسخت الاجارة واستعيد من الاجرة ماقابل المتخلف، وعلى المستأجر استيجاره، أو غيره ان كان عليه حج واجب ، والا فلا فان قصد الشيخ ذلك فصواب والا فلا . وان كانت مطلقة في الذمة ، لم ينفسخ الاجارة ، وعليه الاتيان بها مع المكنة ، لثبوتها في الذمة .

قال رحمه الله: ولو حمله حامل فطاف به، أمكن أن يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه .

أقول : ألحق ابن الجنيد قيداً ، فقال : مالم يكن الحامل أجيراً ، ولابأس به ، لان سعيه حينئذ مستحق للمستأجر ، فلايجوز صرفه في الطواف عن نفسه ، والمطلق يقيد للدليل ، وقد بيناه .

قال رحمه الله: ولوأفسد حجه حج من قابل ، وهل يعاد بالاجرة عليه ؟ يبنى على القولين .

أقول : المراد بالقولين ماذكره الاصحاب في من حج عن نفسه حجةالاسلام فأفسدها ، فان الاصحاب مختلفون فيها،فذهب بعضهم الى أن الاولى حجةالاسلام والثانية عقوبة ، وآخرون عكسوا .

فان قلنا بالاول ، فقد برأت ذمة المستأجر مع كمالها ، وعليه القضاء في الفابل[1] عقوبة ، ولاينفسخ الاجارة .

وان قلنا بالثاني،كان الجميع لازماً للنائب ،ولايجزىء عن المنوب ، ويستعاد

---

(١) في «س» : بالقابل .

منه الاجرة ان كانت الاجارة معينة ، وان كانت مطلقة كان على الاجير الحج عن المستأجر بعد حجة القضاء ، لانها تجب على الفور .

قال في المعتبر : ويمكن أن يقال: الحجة الثانية مجزية عن المستأجر، لانها قضاء عن الحجة الفاسدة ،كما يجزيء عن الحاج نفسه[١].

وهذا القول موجود في أحاديث أهل البيت عليهم السلام ، لاتيانه بالمعقود عليه ، وهو تحريج غير مستند الى رواية .

روى الحسين بن عثمان عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حج عن رجل ، فاجترح في حجه شيئاً يلزمه فيه الحج من قابل والكفارة ؟ قال: هي للاولى تامة ، وعلى هذا مااجترح[٢].

ومن طريق صفوان بن يحيى عن اسحاق بن عمار قلت : ان ابتلي بشيء ففسد عليه حجه حتى يصير عليه الحج من قابل ، أيجزيء عن الاول ؟ قال : نعم قلت : ان الاجير ضامن للحج ؟ قال : نعم[٣].

وينبغي أن يكون العمل على هذا ، وهو الاقوى عندي .

واعلم أن الشيخ في المبسوط قال : ان أفسد النائب الحج ، فاما أن يكون السنة معينة أو مطلقة ، فان كانت معينة انفسخت الاجارة ، وعليه استيجار من ينوب عنه، وان كانت مطلقة وجب عليه أن يأتي بحجة النيابة بعد اكمال الحجة الفاسدة وقضاها[٤]. وتبعه ابن ادريس . والمعتمد ماذكرناه نحن .

قال رحمه الله : ولو احصر تحلل بالهدي ولاقضاء عليه .

---

(١) المعتبر ٢ / ٧٧٦.

(٢) تهذيب الاحكام ٥ / ٤٦١ ، ح٢٥٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥ / ٤١٧ - ٤١٨ ، ح٩٦ .

(٤) المبسوط ١ / ٣٢٢.

اقول : البحث في المحصر كالبحث في المصدود ، وقد مر مستوفى .

قال رحمه الله : اذا أوصى أن يحج عنه ولم يعين الاجرة ، انصرف ذلك الى اجرة المثل ، وتخرج من الاصل اذا كانت واجبة ، ومن الثلث اذا كانت مندوبة[١]، ويستحقها الاجير بالعقد ، فان خالف ماشرط قيل : كان له اجرة المثل والوجه أنه لااجرة .

أقول : انما كان الوجه عدم استحقاق الاجرة ، لان العقد انما يتناول شيئاً معيناً ، فاذا لم يفعله وفعل غيره ، يكون قد فعل مالم يتناوله العقد ، فلايستحق اجرة لانه يكون متبرعاً بفعل ذلك النوع، ولم أقف لاحد من الاصحاب في هذه المسألة على فتوى قائلها .

قال رحمه الله : اذا عقد الاحرام عن المستأجر [عنه] ثم نقل النية الى نفسه لم يصح ، فاذا أكمل الحجة وقعت عن المستأجر عنه ، ويستحق الاجرة. ويظهر أنها لاتجزي عن أحدهما .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في الخلاف[٢]، واختارها المصنف في المعتبر[٣].

والحق أن هذه الحجة لاتجزىء عن حجة النيابة ، ولاعن الاجير نفسه، سواء كانت الاجارة معينة أو مطلقة في الذمة .

أما عن المنوب ، فلان استحضار النية عنه عند كل فعل أو استدامتها شرط ولم يحصل ، واذا بطل الشرط بطل المشروط .

وأما عن النائب ، فلان الحجة اذا كانت معينة ، فالزمان مستحق للمستأجر

(١) في «م» : ندباً .
(٢) الخلاف ١/ ٤٧٦ مسألة ٢٤١ .
(٣) المعتبر ٢/ ٧٧٠.

فلايجوز في غير ماوقع عليه عقد الاجارة، فاذا صرفه عن نفسه يكون قد فعل فعلا منهياً عنه ، والنهي في العبادات يدل على الفساد ،كما بين في أماكنه .

وأما اذا كانت مطلقة ، فلانه قد مضى بعض أفعال الحج ولم ينوه لنفسه ، فلايكون واقعاً عنه ، اذ الاعمال بالنيات ، أي : واقعة بحسب النيات . واذا لم يكن واقعاً عنه ، لم يصح حجه عن نفسه ، اذ الحج لايتبعض ، لانه عبادةواحدة ولاعن المستأجر ، لما ذكرنا من الاخلال بالشرط ، وهو : اما الاستحضار ، أو الاستدامة .

احتج الشيخ رحمه الله بأن الاحرام انعقد عن المستأجر ، فلايجوزالعدول به الى نفسه ، واذا لم يجز العدول لم يصح النقل ، ولان أفعال الحج استحقت لغيره بالنية الاولى ، فلايصح نقلها ، واذا لم يصح النقل ، فقد تمت الحجة لمن بدأ بالنية له .

والجواب : لانزاع في أن النقل لايصح ، ولاتأثير له في وقوع الحج عن الاجير، ولكن لايلزم من ذلك صحة الحجة عن المستأجر، لانا انما أبطلناها لفوات شرطها ، وهو أما الاستحضار أو الاستدامة .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات .

قال رحمه الله : من عليه حجة الاسلام ونذر اخرى ، ثم مات بعدالاستقرار أخرجت حجة الاسلام من الاصل ، والمنذورة من الثلث . ولو ضاق المال الا عن حجة الاسلام اقتصر عليها ، ويستحب أن يحج عنه النذر .

ومنهم من سوى بين المنذورة وحجة الاسلام في الاخراج من الاصل والقسمة مع قصور التركة، وهو أشبه ، وفي الرواية اذا نذر أن يحج رجلا ومات وعليه حجة الاسلام ، أخرجت حجة الاسلام من الاصل وما نذره من الثلث . والوجه التسوية لانهما دين .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه‌الله في كتبه، مصيراً الى الرواية المروية عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : سألته عن رجل عليه حجة الاسلام ونذرفي شكر ليحجن رجلا ، فمات الذي نذر قبل أن يحج حجة الاسلام وقبل أن يفي بنذره، فقال: اذا ترك مالا حج عنه حجة الاسلام من جميع ماله ويخرج من ثلثه مايحج عنه النذر ، وان لم يترك مـالا الا بقدر حجة الاسلام حج عنه حجة الاسلام مما ترك وحج عنه وليه النذر فانما هو دين[١].

قال في التهذيب : حج الولي على الاستحباب ، لرواية ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه‌السلام في رجل نذران عافا الله ابنه ليحجنه، فعافا الله الابن ومات الاب قال : الحجة على الاب يؤديها عنه بعض ولده ، قلت : هي واجبة على الابـن ؟ قال : هي واجبة على الاب من ثلثه[٢].

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس، محتجاً بالعمومات الدالة على وجوب اخراج الدين من الاصل ، وهذا دين ، والاقوى الاول ، والعام يخص للدليل .

واعلم أن قوله « والقسمة مع قصور التركة » أي : اذا كان يمكن اخـراج الحجتين من المال من أقـرب الاماكن قسط عليهما ، أما لولم يتسع الا لواحدة فقط أخرجت حجة الاسلام اتفاقاً منا .

قال رحمه الله تعالى : وهذا القسم فرض من كان بين منزله اثنا عشر ميلا فما زاد من كل جانب . وقيل : ثمانية وأربعون ميلا .

---

(١) تهذيب ٥/٤٠٦ ، ح٥٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٤٠٦ ، ح٦٠ .

اقول: القول الأول ذهب اليه الشيخ في المبسوط[١] والجمل[٢] والاقتصاد[٣] وتبعه أبو الصلاح وابن ادريس .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ المفيد والشيخ في النهاية[٤] والتهذيب، تعويلا على رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت لابي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام »[٥] قال عليه السلام : يعني: أهل مكة ليس لهم متعة ، فكل من كان أهله دون ثمانية وأربعين ميلا ذات عرق وعسفان وكل بدور حول مكة ، فهو ممن دخل في هذه الاية ، وكل من كان أهله وراء ذلك فعليه المتعة[٦].

وفي معناها رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام[٧].

والشيخ رحمه الله كأنه قسم في المبسوط الثمانية والاربعين على الجوانب الاربعة ، فيكون كل جانب اثنا عشر ميلا ، وباقي الاصحاب عولوا على الاطلاق.

فرع :

لو كان على رأس اثنا عشر ميلا فقط من كل جانب ، أو ثمانية وأربعين على القول الاخر ، وجب التمتع قولا واحداً .

قال رحمه الله : ولابد من وقوع التمتع في أشهر الحج ، وهي شوال وذو

(١) المبسوط ٣٠٦/١ .
(٢) الجمل والعقود ص٢٢٤ .
(٣) الاقتصاد ص٢٩٨ .
(٤) النهاية ص٢٠٦ .
(٥) سورة البقرة : ١٩٦ .
(٦) تهذيب الاحكام ٣٣/٥ ، ح٢٧ .
(٧) تهذيب الاحكام ٣٣/٥ ، ح٢٨ .

القعدة وذو الحجة ، وقيل : وعشر من ذي الحجة . وقيل : وتسع من ذي الحجة وقيل : والى طلوع الفجر من يوم النحر . وضابط وقت الانشاء مايعلم أنه يدرك المناسك .

اقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[١]، واختاره ابن الجنيد ، لان باقي أفعال الحج يصح وقوعهما في طول ذي الحجة كالطواف والسعي وماشابههما لقوله تعالى « الحج أشهر معلومات »[٢] أتى بصيغة الجمع ، وأقل الجمع ثلاثة كما بين في علم العربية . ويؤيده رواية معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام[٣].

والقول الثاني مذهب ابن أبي عقيل والسيد المرتضى قدس الله روحهما ، وتبعهما سلار، لادراك الحج مع الوقوف بالمشعر في ذلك اليوم ولو قبل الزوال وسيأتي تحقيقه .

والقول الثالث مذهب الشيخ في الجمل[٤] والاقتصاد[٥]، وتبعه ابن البراج، نظراً الى وقوع أعظم الاركان ، وهو الوقوف بعرفة فيه .

والقول الرابع مذهبه في أكثر كتبه ، وتبعه ابن حمزة ، نظراً الى أنه يصح انشاء الاحرام بالحج فيه لمن عرف أنه يدرك المشعر اختياراً .

وقيل خامساً : شوال وذوالقعدة وثمان من ذي الحجة ، نظراً الى ماورد من الحث على الاحرام فيه .

واعلم أن هذا النزاع لفظي فقط ، والا فضابط وقت الانشاء مايعلم ادراك

---

(١) النهاية ص٢٠٧ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٤٤٥ ، ح١٩٦ .

(٤) الجمل والعقود ص٢٢٤ .

(٥) الاقتصاد ص٢٩٨ .

المناسك فيه في أوقاتها المحدودة لها ، وذلك يختلف بحسب اختلاف المكلفين في القوة والضعف والمكنة .

قال رحمه الله : ويجب على الحاج الاحرام من الميقات مع الاختيار، ولو أحرم بحج التمتع من غير مكة لم يجزيه ، ولو دخل باحرامه مكة على الاشبه وجب استئنافه منها .

أقول: لاأعرف في وجوب الرجوع الى مكة مع المكنة واستئناف الاحرام منها خلافاً بين الاصحاب فأنقله ، وانما الجمهور جوزوا الاجرام قبل الميقات، واختلفوا في الافضل ، فقال الشافعي : الافضل الميقات ، لان النبي عليه السلام أحرم منه ولوكان مفضولا لما أحرم منه .

وقال أبوحنيفة : مابعد الميقات أفضل ، وهو القول الاخر للشافعي، لماروت ام سلمة عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من أحرم بحج أو عمرة من المسجد الاقصى وحل منها بمكة غفر الله له ماتقدم من ذنبه وماتأخر[1].

واعلم أن في كلام الشيخ في المبسوط[2] اجمالا ، وأظنه الذي أوجب هذا الاحتراز .

ولقد سمعت شيخنا كثيراً مايقول: قد يشير المصنف تارة الى خلاف الجمهور وتارة الى مايختاره من غير أن يكون مذهباً لاحد ، فيظن أن فيه خلافاً، فاعلم ذلك.

قال رحمه الله : ولو تعذر ذلك قيل : يجزيه ، والوجه أنه يستأنفه حيث أمكن ولو بعرفة ان لم يتعمد ذلك ، وهل يسقط الدم والحال هذه ؟ فيه تردد .

أقول: قال في المبسوط : والمتمتع اذا أحرم بالحج من خارج مكة، وجب عليه الرجوع اليها مع الامكان ، فان تعذر لم يلزمه شيء وتم حجه ولادم عليه ،

(١) سنن البيهقي ٥ / ٣٠ .

(٢) المبسوط ١ /٣١١ .

سواء أحرم من الحل أو الحرم[1]. وبمعناه قال في الخلاف[2].

والحق ماقاله المصنف ، وهو اختياره في المعتبر[3].

لنا ـ أن الاحـرام عبادة شرعية موقتة بوقت شرعي ، فلايجوز فعلها قبله ، كغيرها من العبادات ، وانما سوغنا الاحرام من أي موضع أمكن مع عدم التعمد للضرورة ، وليس لما قاله الشيخ وجه .

فـرع :

لوخشي مع الرجوع فوت الحج أحرم من حيث لايفوته . وأما سقوط الدم فشيء ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف ، محتجاً باصالة براءة الذمة .

وهل المراد بهذا الدم دم الهدي الواجب على المتمتع أو دم شاة ؟ ظاهر كلام الشيخ في الخلاف الثاني .

وسمعت شيخنا يقول : المراد بالدم هنا دم هدي التمتع ، وذاك أن الفقهاء اختلفوا فيه ، فذهب الشافعي الى أنه وجب جبراً لما يصيب الحج من النقص ، وهو ايقاع الاحرام في غير الميقات ، ولهذا لو أحرم بالحج من الميقات سقط فرض الدم ، اذ لانقص فلا جبران .

وذهب أبو حنيفة الى أنه نسك ، واختاره الشيخ في الخلاف[4]، واحتج بالاجماع ، وبقوله تعالى « والبدن جعلناها من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر»[5]

---

(١) المبسوط ١/٣١٢ .

(٢) الخلاف ٢/٤٢٠ مسألة ٣١ .

(٣) المعتبر ٢/٨٠٥ .

(٤) الخلاف ١/٤٢٢ مسألة ٣٥ .

(٥) سورة الحج : ٣٦ .

أخبر الله تعالى أنه من الشعائر ، أي : من جملة العبادات التي تعبدنا بها . وقيل: معناه من معالم الله وأمر بالاكل منها .

ولو كان جبراناً لما ساغ الاكل ، واذا كان اجماعنا منعقداً على أن الهدي نسك ليس بجبران ، فلا معنى للتردد حينئذ .

وان أراد بالدم دم شاة ، فلا معنى للتردد فيه أيضاً، اذ لاوجه لوجوبه ، أما لو تعمد الاحرام من غير مكة ، وجب عليه الرجوع الى مكة مع المكنة وانشاء الاحرام منها ،كما قدمناه . فلو تعذر الرجوع ، فلا حج له بناءاً على قاعدتنا .

وقال في المبسوط في باب المواقيت : من أخر الاحرام عن الميقات عامداً وجب الرجوع اليه ، فان لم يمكن فلا حج له ، وقد قيل : انه يجبره بدم وقد تم حجه[١].

فان قلنا بهذا القول هنا قلنا به أيضاً في من تعمد الاحرام من غير مكة ، لكنه قول شاذ مناف للاصل ، فاذن العمل على الاول .

وبالجملة فلاوجه للتردد في اسقاط الدم على جميع التقادير .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات ، ولوقوع الاشتباه فيها أيضاً .

قال رحمه الله : والافراد والقران فرض أهل مكة ومن بينها وبينه دون اثنا عشر ميلاً ، فان عدل هؤلاء الى التمتع اضطراراً جاز ، وهل يجوز اختياراً؟ قيل: نعم ، وقيل : لا ، وهو الاكثر ، ولو قيل بالجواز لم يلزمهم هدى .

أقول : لاخلاف بين علمائنا في تحريم العدول عن التمتع اختياراً ، وانما الخلاف في العدول اليه ، فذهب في النهاية[٢] الى أنه لايجوز ، واختاره المتأخر

(١) المبسوط ٣١٢/١ .

(٢) النهاية ص٢٠٦ .

وهو فتوى ابن بابوية وابن أبي عقيل ، وذهب في المبسوط[١] والخلاف[٢] الى الجواز ، والاول أحق .

ومنشأ الخلاف : النظر الى اسم الاشارة في الاية ، فانه كما يحتمل العود الى الجملة يحتمل العود الى الهدي ، فان جعلناه راجعاً الى الجملة لم يسغ لهم التمتع ، وان جعلناه راجعاً الى الهدي ساغ ، لكن لايجب عليهم الهدي .

فـرع :

هذا البحث كله في حجة الاسلام ، أما الحج المنذور فيجب أن يأتي فيه بما نواه حال النذر ، ولو لم ينو شيئاً تخير في الاتيان بأي الانواع شاء ، فان تمتع وجب عليه الهدى .

ويحتمل الجواز أعني جواز العدول الى التمتع في حجة الاسلام ، وان جعلنا ذلك راجعاً الى جميع ماتقدم ، لانه انما يدل على المنع في حاضري المسجد الحرام بمفهومه ، ودلالة المفهوم ضعيفة ، ويؤيد المنع رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام[٣]. والجواز رواية عبد الرحمن[٤].

ويحتمل رجوع اسم الاشارة الى التمتع [فقط، فيجب الهدي على المكي][٥].

واعلم أن الائمة عليهم السلام احتجوا على المنع بالاية ، وقولهم عليهم السلام حجة .

قال رحمه الله : ولو دخل القارن أو المفرد مكة وأراد الطواف جاز ، لكن يجددان التلبية عند كل طواف ، لئلا يحلا على قول . وقيل: انما يحل المفرد دون

(١) المبسوط ١/٣٠٦ .

(٢) الخلاف ١/٤٢٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٢ - ٣٣ ، ح ٢٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٣٣ .

(٥) ما بين المعقوفتين من «س» .

السائق . والحق أنه لايحل أحدهما الا بالنية ، لكن الاولى تجديد التلبية عقيب صلاة الطواف .

أقول : البحث هنا يقع في مواضع :

الاول : لاخلاف في جواز دخول القارن والمفرد الى مكة للطواف تطوعاً مالم يخش فوات الحج .

الثاني : اختلف الاصحاب في تقديم طوافهما وسعيهما على المضي الىعرفة في حال الاختيار ، فسوغه الاكثرون ، محتجين باصالة عدم وجوب الترتيب ، ولا منافي له من النقل ، فيصار اليه كما في التمتع .

ويؤيده رواية زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن المفرد للحج يدخل مكة أيقدم طوافه أو يؤخره ؟ قال : هما سواء عجله أو أخره[١].

ومنعه المتأخر مدعياً سبيله المألوف ، وهو الاجماع على وجوب ترتيب المناسك ، وكيف يستدل بالاجماع والخلاف أظهر من دكا[٢] هنا، والشيخ رحمه الله استدل في الخلاف[٣] على التسويغ بالاجماع ، ان هذا لشيء عجيب .

وأماالمقام الثالث ، فقد وقع النزاع فيه أيضاً ، فذهب الشيخ فيالمبسوط[٤] والنهاية[٥] الى أن تجديد التلبية عند كل طواف شرط في البقاء على الاحرام، ولو لم يجدداها انقلبت حجتهما عمرة .

وجعل المفيد وعلم الهدى قدس الله روحهما تجديد التلبية واجباً على القارن فقط.

وعكس في التهذيب وجعلها شرطاً في البقاء على الاحرام ، مصيراً الى رواية

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤٥ ، ح٦٣ .

(٢) كذا في النسختين .

(٣) الخلاف ١/٤٥٩ مسألة ١٧٥ .

(٤) المبسوط ١/٣١١ .

(٥) النهاية ص٢٠٨ .

يونس بن يعقوب عمن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ماطاف بين هذين الحجرين الصفا والمروة أحد الا أحل ، الا سائق هدي[١].

وقال ابن ادريس : تجديد التلبية ليس بواجب ، ولاتبطل الاحرام بتركها ، ولاانتقلت الحجة عمرة ، مستدلا بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الجمل[٢] وموضع من المبسوط[٣].

والتحقيق ماذكره المصنف من أنه لايحل الابنية التحلل لا بمجرد الطواف والسعي .

لنا ــ قوله عليه السلام: الاعمال بالنيات ولكل امرىء مانوى[٤]. ولانه قبل الطواف محرم فكذا بعده ، عملا بالاستصحاب ، وتحمل الروايات على ذلك جمعاً بين الادلة .

قال في المعتبر : وكيف كان فتجديد التلبية أولى، لتخرج به من الخلاف[٥].

قال رحمه الله : ولو أقام من فرضه التمتع بمكة سنة أو سنتين لم ينتقل فرضه ــ الى قوله : فان دخل في الثالثة مقيماً ثم حج ، انتقل الى القران أو الافراد .

أقول : هذا القول ذكره الشيخ في كتابي الاخبار. وقال في النهاية والمبسوط: لاينتقل فرضه حتى يقيم ثلاثاً[٦]. واختاره ابن ادريس ، وهو فتوى ابن ...[٧] والاول أقوى .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤٤ - ٤٥ ، ح٦٢ .

(٢) الجمل والعقود ص٢٢٥ .

(٣) المبسوط ١/٣٠٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

(٥) المعتبر ٢/٧٩٦ .

(٦) النهاية ص٢٠٦ . المبسوط ٢/٣٠٨ .

(٧) بياض في النسختين .

قال في المعتبر: والوجه في ذلك أن الاستيطان الذي يطلق على صاحبه النسبة الى اسم ذلك المحل مما يشتبه ، اذ ليس في اللغة له تقدير ، فلابد من تقديره شرعاً ، وقد روي تقديره عن أهل البيت عليهم السلام بما قدرناه[١]. فيتعين القول به .

واحتجاج الشيخ بأصالة عدم انتقال الفرض ، ترك العمل بها مع اقامة ثلاث سنين للاجماع ، فيبقى معمولاً بـه فيما عداه ، ضعيف ، اذ لااعتبار للاصل مع حصول النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام ، والنقل انما ورد بما قلناه فقط ، وبتقديره تحكم محض ، وقد عرفت أن القول في الدين بمجرد التشهي باطل .

قال رحمه الله : ولو كان له منزلان ــ الى آخره .

أقول : هذه المسألة رواها زرارة عن أبي جعفر عليه السلام[٢].

قال رحمه الله : ولايجوز القران بين الحج والعمرة بنية واحدة ، ولاادخال أحدهما على الاخر، ولانية حجتين ولاعمرتين ، ولوفعل ذلك قيل : ينعقد واحدة وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله .

والالتفات الى أنه فعل فعلا منهياً عنه ، والنهي في العبادات يدل على الفساد كما بين في اصول الفقه ، فحينئذ لاينعقد احرامه هذا بشيء أصلا .

فـروع :

قال فـي الخلاف : لايجوز القران بين الحج والعمرة باحرام واحد ، ولا ادخال العمرة قط في احرام الحج ، محتجاً باجماع الفرقة[٣].

---

(١) المعتبر ٢/ ٧٩٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٤ ، ح٣٠ .

(٣) الخلاف ١/ ٤١٩ مسألة ٢٧ .

وقال ابن أبيعقيل : والعمرة تجب مع الحج في حال واحدة، فالقارن وهو الذي يسوق في حج أو عمرة ويريد الحج بعد عمرة ، فانه يلزمه اقتران الحج مع العمرة ، ولايحل من عمرته حتى يحل من حجه اذا طاف طواف الزيارة ، ولايجوز قران الحج مع العمرة الا لمن ساق الهدي .

ولعل مستنده مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ايما رجل قرن بين الحج والعمرة ، فلا يصلح الا أن يسوق الهدي قد أشعره .

وتأوله الشيخ في التهذيب بالقران في الثلاثة ، أي يقول : ان لم تكن حجة فعمرة ، ويكون الفرق بينه وبين المتمتع أن المتمتع وان قال هذا القول ، فانه يقدم العمرة علىالحج ، ثم يحل بعد اكمالها ويحرم للحج ، والسائق يقدم الحج فان لم يتمكن جعله عمرة مبتولة[1] وهذا التأويل بعيد جداً .

لنا ــ أن الاحرام ركن من الحج ومن العمرة أيضاً،فلا يتبعض ،كما لايجوز أن يكون لحجتين ولالعمرتين ، بل يكون لكماله ركناً للعمرة ،كما يكون لكماله ركناً للحج .

الثاني : قال : لو أحرم بحج وعمرة ، لم ينعقد احرامه الا بالحج ، فان أتى بافعال الحج لم يلزمه دم ، وان أراد أن يأتي بأفعال العمرة ويجعلها متعة ، جاز ذلك ولزمه الدم ، والاقرب بطلان الاحرام لما سبق .

قال: وكذا لوأهل بحجتين انعقد احرامه بواحدة منهما، وكان وجودالاخرى وعدمها سواء ، ولايتعلق بها حكم ، فلا تجب قضاؤها . وهكذا من أهل بعمرتين فصاعداً ، والاقرب أيضاً البطلان لما قلناه .

الثالث : قال : لايجوز ادخال أحدهما على الاخر ، والوجه أيضاً بطلان

---

(١) تهذيب الاحكام ٤٢/٥ - ٤٣ .

الاحرامين السابق واللاحق . أما الاول ، فلعدم اكمال أفعاله . وأما المتأخر،فلعدم صلاحية الزمان له ، اذ بالاحرام بالنسك الاول استحق أفعاله، فلايجوز صرفهاالى غيره ، ولايتركها فيه .

قال رحمه الله : والمواقيت ستة : لاهل العراق العقيق ، وأفضله المسلخ ، ويليه غمرة ، وآخره ذات عرق .

أقول : ظاهر كلام علي بن بابوية يؤذن بأنه لايجوز تأخير الاحرام الى ذات عرق الا لضرورة ، والمشهور الاول ، ويعضده الاصل .

قال رحمه الله: ولو حج على طريق لايفضي الى أحد المواقيت ، قيل: يحرم اذا غلب على ظنه محاذاة أقرب المواقيت الى مكة ، وكذا من حج في البحر .

أقول : قال ابن ادريس : ميقات أهل مصر ومن صعد من البحر جدة .

وقال ابن الجنيد: ومن سلك البحر أوأخذ طريقاً لايمر فيه علىهذه المواقيت كان احرامه من مكة بقدر أقرب المواقيت اليها منه .

وقال الشيخ فيالمبسوط : ينظر الىمايغلب في ظنه أنه يحاذي أحدالمواقيت اليه فيحرم منه[١].

فان كان الموضع الذي ذكره ابن ادريس يحاذي أحد المواقيت صح ، والا فلا . أما لو لم يؤد الى المحاذاة ، احتمل انشاء الاحرام من أدنى الحل ،واحتمل انشاءه أيضاً من موضع يساوي أقرب المواقيت .

قال رحمه الله : من أحرم قبل هذه المواقيت ، لم ينعقد احرامه ، الا لناذر بشرط أن يقع الحج في أشهره ، أو لمن أراد العمرة المفردة في رجب وخشي تقضيه .

اقول : لاخلاف بين أصحابنا في تحريم الاحرام قبل هذه المواقيت ، فانه

---

(١) المبسوط ١/٣١٣ .

غير صحيح اذا لم ينذر الاحرام قبلها .

أما لو نذر الاحرام قبلها ، قال الشيخ رحمه الله : جاز له ذلك بشرط وقوعه في أشهر الحج ان كان الاحرام للحج أو العمرة المتمتع بها ، وان كان للمفردة وجب مطلقاً ، عملا بالاصل .

واستناداً الى رواية علي بن أبي حمزة البطائني تارة عن أبي عبدالله عليه السلام ، وتارة يقول : كتبت الى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رجل جعل عليه أن يحرم من الكوفة قال : يحرم من الكوفة[1].

وفي معناها رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الكريم عن سماعة عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام[2].

والروايتان ضعيفتا السند ، فان عليبن أبيحمزة واقفي وكذا سماعة،والاصل يخالف للدليل ، وتبعه ابن ادريس ، وهو الحق .

لنا ـ أنه نذر في معصية ، فلايكون منعقداً . أما الصغرى ، فلوقوع الاجماع على حظر الاحرام قبل المواقيت . وأما الكبرى ، فاجماعية ، وأما المسألة الثانية فاتفاقية .

قال رحمه الله : ولو نسي الاحرام ولم يذكر حتى أكمل مناسكه ، قيل : يقضي ان كان واجباً ، وقيل : يجزيه ، وهو المروي .

أقول : القول الاول ذهب اليه ابن ادريس عملا بقوله عليه السلام «الاعمالبالنيات ولكل امرىءٍ مانوى»[3] وقوله عليه السلام « لكل امرىء من عمله مانواه »[4] شرط في وقوع العمل الاقتران ، وحيث لانية فلا عمل .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٥٣ - ٥٤ ، ح٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٥٤ ، ح١٠ .

(٣ - ٤) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، تمسكاً بقوله عليه السلام «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وماستكرهوا عليه»[١].

ويضعف بأن المراد منه نفي المؤاخذة بالعرف ، ونحن نقول به ، ولانه مع استمرار النسيان يكون مأموراً بايقاع باقي الافعال والامر يقتضي الاجزاء .

ولما رواه جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل نسي أن يحرم أو جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى ، قال : يجزيه نيته اذا كان قد نوى ذلك وقد تم حجه وان لم يهل[٢].

وهذه وان كانت مرسلة الا أن الاصحاب عاملون بمراسيل ابن أبي عمير . وفي معناها رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام[٣].

قال المصنف في المعتبر: ولست أدري كيف يحل له هذا الاستدلال ؟ وكيف يوجبه ؟ فان كان يقول : ان الاخلال بالاحرام اخلال بالنية في بقية المناسك ، فنحن نتكلم على تقدير ايقاع نية كل منسك على وجهه ظاناً أنه أحرم ، أو جاهلا بالاحرام ، فالنية حاصلة مع ايقاع كل منسك ، فلاوجه لما قاله[٤].

قال رحمه الله : ومقدمات الاحرام كلها مستحبة ، وهي توفير شعر رأسه من أول ذي القعدة اذا أراد التمتع ، ويتأكد عند هلال ذي الحجة على الاشبه .

اقول : قال المفيد قدس الله روحه : اذا أراد الحج فليوفر شعر رأسه في مستهل ذي القعدة ، فان خالفه فيه كان عليه دم يهريقه . وهو ظاهر كلام النهاية[٥]

---

(١) عوالى اللئالى ٢٣٢/١ ، برقم : ١٣١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦١/٥ ، ح٣٨ .

(٣) الوسائل ٢٤٥/٨ ، ح٢ .

(٤) المعتبر ٨١٠/٢ .

(٥) النهاية ص٢٠٦ .

والاستبصار[١] .

والحق الاستحباب ، وهو اختيار الشيخ في الجمل[٢]، واختاره ابن ادريس أيضاً .

لنا ـ الاصل ، ويؤيده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام[٣].

احتجا برواية ابن عمارعن أبي عبدالله عليه السلام قال : الحج أشهر معلومات الى آخره[٤]. وتحمل على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : ولو أحرم بغير غسل أو صلاة ثم ذكر ، تدارك ما تركه وأعاد الاحرام .

اقول : هذا التدارك والاعادة على سبيل الاستحباب ، عملا بالاصل ، ولان غسل الاحرام ليس بواجب على ما سبق البحث فيه ، فلا معنى لايجاب الاعادة والتدارك .

واعلم أن ابن ادريس ناقش شيخنا أبا جعفرقدس الله روحه ، وقال: ان اراد أنه نوى الاحرام وأحرم ولبى من غيرصلاة وغسل ، فقد انعقد احرامه ، فلايكون لذكرالاعادة هنا معنى ، وان أراد به أحرم بالكيفية الظاهرة من دون النية والتلبية صح ذلك وكان لكلامه وجه .

وأقول : هذا تطويل بغير فائدة ، فان الشيخ قصد بالاعادة الاتيان بالاحرام ثانياً بصلاة وغسل استحباباً ، تحصيلا للفضيلة ، لان الاول غير مجزىء ، كما في صلاةالمكتوبة اذا صلاها منفرداً، ثم حضرمن يصليها جماعة، فانه يستحب اعادتها ويكون قد أراد بالاعادة هنا المعنى اللغوي ، وهو الاتيان بالفعل ثانياً ، سواء وقع

---

(١) الاستبصار ١٦٠/٢ .

(٢) الجمل والعقود ص٢٢٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤٧/٥ ـ ٤٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤٦/٥ ـ ٤٧ .

الفعل مجزياً أولا ، لاالمعنى الشرعي المختص بالثاني . وانما أتى بهذه اللفظة لورودها في الرواية[١] التي هي مستند الحكم .

فـرع :

لوفعل شيئاً يوجب الكفارة بين الاحرامين وجبت، لانابينا أن الاول منعقد .

قال رحمه الله : يقرأ في الاولى ـ الى آخره .

اقول: الرواية[٢] الاخرى بالعكس، وهوفتوى ابن ادريس، وكلاهما جائز.

قال رحمه الله : ويوقع نافلة الاحرام تبعاً له .

اقول : أي : تبعاً للغسل .

قال رحمه الله: ولوأحرم بالحج أوالعمرة وكان في أشهرالحج ، كان مخيراً بين الحج والعمرة ، اذالم يتعين عليه أحدهما . وان كان في غيرأشهرالحج تعين للعمرة . ولوقيل بالبطلان في الاول ولزوم تجديد النية كان أشبه .

أقول : قـد بينا أن القران بين النسكين غير جائز ، وبينا أيضاً أن الاحـرام لاينعقد بواحد منهما مستوفى ، ولافرق عندنا بين أن يحرم لهما فـي أشهر الحج أوغيره ، وانما هذا شيء ذكره الشيخ في المبسوط .

وقال أيضاً : اذا أحرم مبهماً ولم ينولا حجاً ولاعمرة ،كان مخيراً بين الحج والعمرة ، أيهما شاء فعل اذا كان في أشهر الحج وان كان فـي غيرها ، فلا ينعقد احرامه الا بالعمرة[٣] والحق أيضاً البطلان .

لنا ـ أن الاحرام عبادة يحتمل وجوبها ، فلايخصص[٤] لاحدها الابالنية .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥ / ٧٨ ـ ٧٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢ / ٧٤ ، ح٤٢ .

(٣) المبسوط ١ / ٣١٦ .

(٤) في « م » : فلايخص .

قال رحمه‌الله: ولاينعقدالاحرام للمتمتع والمفردالا بالتلبية، والقارن بالخيار ان شاء عقد احرامه بها ، وان شاء قلد أوأشعر على الاظهر، وبأيهما بدأ كان الاخر مستحباً .

أقول : لاخلاف أن احرام المتمتع والمفرد لاينعقد الا بالتلبية فحسب ، وانما الخلاف في القارن ، فذهب أكثر الاصحاب كالشيخ قدس الله روحه وابن الجنيد وسلاروأبي الصلاح أن احرامه ينعقد بأحد أمورثلاثة : التلبية، أوالاشعار أو التقليد ، عملا بأصالة براءة الذمة من وجوب أحدها عيناً .

واعتماداً على ظاهر رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه‌السلام أنه قال في القارن لايكون قراناً الا بسياق الهدي[1] وهو يدل بمنطوقه على تحقيق القران عند السياق ، اذ الاستثناء من النفي اثبات .

لايقال : نمنع كون الاستثناء من النفي اثبات ،كما هو مذهب أبي حنيفة ، وحينئذ تكون فائدة الاستثناء نفي القران عن الاحرام الذي لم يسق الهدي فيه فقط من غير تعريض للاحرام الذي سيق فيه الهدي .

لانا نقول : هذا المذهب ضعيف ، وقد بينا ضعفه في كتاب مناهج الوصول، ورواية حريز عنه عليه‌السلام[2] نص في الباب ، وفي معناها رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه‌السلام[3] أيضاً ، ورواية عمر بن يزيد عنه عليه‌السلام[4] أيضاً .

وذهب السيد المرتضى الى وجوب التلبية عيناً ، وألحق ابن البراج بالقارن المفرد ، وهو غلط ، وأن احرامه لاينعقد الا بها ، وبه قال ابن ادريس .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤١ ، ح٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٤٣ ، ح٥٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٤٣ – ٤٤ – ح٥٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٤٤ ، ح٥٩ .

واحتج المرتضى بالاجماع ، ولانـه أحوط ، اذ مع الاتيان بالتلبية يحصل الانعقاد قطعاً، بخلاف غيرها، والاجماع ممنوع،والاحتياط معارض بالاصل والنقل.

قال رحمه الله : وصورتها : لبيك اللهم لبيك ، [لبيك] لاشريك لك لبيك . وقيل : يضيف الى ذلك : ان الحمد والنعمة لك والملك لك لاشريك لك .وقيل: بل يقول : لبيك اللهم لبيك ، لبيك ان الحمد والنعمة والملك لك لاشريك لك لبيك . والاول أظهر .

أقول : القول الاول ذهب اليه السيد المرتضى قدس الله روحه وابنا بابوية واختاره ابن أبي عقيل وابن الجنيد وسلار .

والقول الثاني للمرتضى أيضاً .

والقول الاخير ذكره الشيخ في المبسوط[١] والنهاية[٢]، واختاره أبو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس .

قال رحمه الله : ويجزىء الاخرس الاشارة مع عقد قلبه بمعناها .

اقول : ظاهر كلام ابن الجنيد يؤذن بجواز النيابة للاخرس في التلبية ، والمشهور الاول ، وهو أحوط ، ويؤيده رواية السكوني[٣].

قال رحمه الله : ولو عقد الاحرام ـ الى قوله : وكذا لو كان قارناً ولم يشعر ولم يقلد .

أقول : ينبغي أن يقال : أو لم يلب ، لانا بينا أن الاحرام يحصل بأحدهما .

قال رحمه الله : وهل يجوز الاحرام في الحرير للنساء ؟ قيل : نعم ، لجواز لبسهن له في الصلاة . وقيل : لا ، وهو أحوط .

---

(١) المبسوط ٣١٦/١ .

(٢) النهاية ص٢١٥ .

(٣) فروع الكافي ٣١٥/٣ ، ح١٧ .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ المفيد قدس الله روحه في كتاب أحكام النساء ، وابن الجنيد،واختاره ابن ادريس،عملا بالاصل ، واعتماداً على الروايتين المرويتين عن الصادق عليه السلام[1].

والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ومن تبعه ، لانه أحوط ، ولرواية عيص ابن القاسم قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : المرأة المحرمة تلبس ماشاءت من الثياب غير الحرير والقفازين[2].

والاول أقوى ، وتحمل الرواية على الكراهية ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : واذا لم يكن مع الانسان ثوبا الاحرام وكان معه قباء ، جاز لبسه مقلوباً ، ويجعل ذيله على كتفيه .

اقول : هذا التفسير ذكره ابن ادريس ، وحكاه عن البزنطي لبعده عن شبه لبس المخيط ، ورواه الشيخ أيضاً عن عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام[3].

وظاهر كلام الشيخ يؤذن بالمعنى المتعارف من القلب ، وهو جعل الباطن ظاهراً ، وهو رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[4]. وروى ابن بابوية عن الباقر عليه السلام قال: يلبس المحرم القباء اذا لم يكن له رداء ويقلب ظهره الى باطنه[5].وهذانص.

قال رحمه الله : ولوأحرم متمتعاً ودخل مكة وأحرم بالحج قبل التقصير ناسياً لم يكن عليه شيء . وقيل : عليه دم ، وحمله على الاستحباب أظهر .

اقول : لاخلاف في صحة العمرة ، وأن الاحرام لايجب اعادته ،لوقوعهما على الوجه المأمور به شرعاً ، وهل يجب عليه دم ؟ قال الشيخ وعلي بن بابوية:

(١) تهذيب الاحكام ٥/٦٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٧٣ - ٧٤ ، ح٥١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٧٠ ، ح٣٧ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٧٠ ، ح٣٦ .

(٥) من لايحضره الفقيه ٢/٣٤٠ .

نعم ، واختاره ابن البراج ، عملا بالاحتياط .

وبرواية اسحاق بن عمار قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يتمتع فينسي أن يقصر حتى يهل بالحج ، فقال : عليه دم يهريقه[١]. وتحمل على الاستحباب ، اذ الكفارة مرتبة على الاثم ، وحيث لااثم فلاكفارة .

وقال سلار : لا ، واختاره المتأخر ، عملا بأصالة براءة الذمة ، واعتماداً على رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل أهل بالعمرة ونسي أن يقصر حتى دخل الحج، قال: يستغفر الله ولاشيء عليه وتمت عمرته[٢].والنكرة في سياق النفي يعم ،كما بين في أماكنه .

قال رحمه الله : وان فعل ذلك عامداً ، قيل : بطلت عمرته **وصارت حجته** مبتولة . وقيل : بقي على احرامه وكان الثاني باطلا ، والاول هو المروي .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، عملا برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : المتمتع اذا طاف وسعى ثم لبى بالحج قبل أن يقصر ، فليس عليه أن يقصر وليس عليه متعة[٣].قال في الاستبصار: تحمل هذه على التعمد[٤] لئلا تنافي الروايات .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، وهو أنسب بالمذهب .

احتج بأن الاحرام عبادة . فلايصح فعلها قبل دخول وقتها .

أقول : ويقوى عندي بطلانهما ، لما تقدم .

قال رحمه الله :لو نوى الافراد ، ثم دخل مكة ، جاز أن يطوف ويسعى

---

(١) تهذيب الاحكام ١٥٨/٥ ـ ١٥٩ ، ح٥٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٥ ، ح٥٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٥٩/٥ ، ح٥٤ .

(٤) الاستبصار ١٧٦/٢ .

ويقصر ، ويجعلها عمرة يتمتع بها مالم يلب ، فان لبى انعقد احرامه ، وقيل : لا اعتبار بالتلبية وانما هو بالقصد .

اقول : المراد أن المفرد يجوز له العدول بعدالطواف الىالتمتع مع دخول مكة مالم يلب ، فان لبى قال الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] : بقي على حجته عملا برواية اسحاق بن عمار عن أبي بصير قال : قلت لابي عبدالله عليه‌السلام : الرجل يفرد الحج ويطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ، ثم يبدو له أن يجعلها عمرة ، قال : ان كان لبى بعد ماسعى قبل أن يقصر ، فلا متعة له[٣].

وقال المتأخر: لاأرى لذكر التلبية هنا وجهاً ، وانما الحكم للنية ، لقوله عليه‌السلام «الاعمال بالنيات»[٤] وهو قوي ، لكن الحديث خاص .

قال رحمه الله : اذا اشترط في احرامه أن يحله حيث حبسه ، ثم أحصر ، تحلل . وهل يسقط الهدي ؟ قيل : نعم . وقيل : لا ، وهو الاشبه .

وفائدة الاشتراط جواز التحلل عند الاحصار . وقيل : يجوز التحلل من غير شرط ، والاول أظهر .

أقول : لاخلاف في جواز التحلل مع الاشتراط ، وانما الخلاف في سقوط الهدي ، فذهب الشيخ رحمه الله وابن الجنيد الى أنه لايسقط ، عملا بعموم الاية وتكون فائدة الاشتراط[٥] حينئذ جواز التحلل عند حصول العذر مع نية التحلل من غير تربص ،كما في المصدود .

---

(١) النهاية ص٢١٥ .

(٢) المبسوط ١/٣٠٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٩٠ ، ح١٠٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

(٥) في «م» : الشرط .

وقال السيدالمرتضى وابن ادريس: يسقط . واحتج المرتضى فيالانتصار[1] بالاجماع ، بأنه قدورد الامر باستحباب الاشتراط ، ولافائدة له الاسقوط الهدي ، وحمل الاية على من لم يشترط .

والاجماع ممنوع ، خصوصاً مع مخالفة أكثرالاصحاب ، والفائدة متحققة، وهي جواز التحلل من غيرتربص ، بخلاف مالو لم يشترط ، فيجب التربص الى ان يبلغ الهدي محله ، والتخصيص يحتاج الى دليل .

وقد ظهر من هذا أن السيد المرتضى يسوغ الاحلال مع حصول العذر من دون التربص ثم ان كان اشترط سقط الهدي والا فلا .

قال رحمه الله : والمندوبات رفع الصوت بالتلبية للرجال .

اقول: المشهورالاستحباب مطلقا، وذهب ابنا بابوية الى استحباب الاسرار بالتلبيات الاربع ، وذهب بعض الاصحاب الى وجوب الجهر بهن على الرجال مطلقا ، والمحصل ماذكره المصنف .

قال رحمهالله: ولوذبح المحرم صيداً،كان ميتة حراماً علىالمحل والمحرم .

اقول: في تحريم الصلاة فيجلد هذا الصيد اشكال، ينشأ: منأصالة الاباحة ومن أن تشبيهه بالميتة مساواته في جميع الاحكام ، وهو أحوط .

قال رحمه الله : وشهادة العقد واقامة ، ولوتحملها محلا ، ولا بأس به بعد الاحلال .

أقول : الظاهرأن مراد الاصحاب تحريم اقامة الشهادة التي وقعت على عقد: اما بين محرمين ، أو محل ومحرم ، أما لو وقعت بين محلين وتحملها محلا ، فالاقرب جواز اقامتها .

(١) الانتصار ص١٠٤ ــ ١٠٥ .

لنا ــ عموم قوله تعالى « ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا[١] » واليه أومى في المبسوط[٢].

قال رحمه‌الله : اذا اختلف الزوجان في العقد، فادعى أحدهما وقوعه في حال الاحرام وأنكر الاخر ، فالقول قول من يدعي الاحلال ، ترجيحاً لجانب الصحة ، ولكن ان كان المنكر المرأة كان لها نصف المهر، لاعترافه بما يمنع من الوطىء ، ولو قيل : لها المهر كله كان حسناً .

أقول : هنا بحثان :

الاول : اذا ادعت المرأة وقوع العقد حالة الاحرام وأنكر الزوج ، فالقول قوله، تنزيلا لفعل المسلم على المشروع ، ولانه منكر، ولانه أعرف بنفسه، وعليها البينة ، فان أقامت البينة حكم بفساد العقد .

وان كان ذلك قبل الدخول ، فلامهر ، لبطلان العقد الذي هوسبب فيه ، واذا بطل السبب بطل المسبب لامحالة . وان كان بعده ، كان لها مهر المثل مع جهلها بالحرمة لثبوته بالوطىء .

هذا ان توهم الحل بهذا العقد، ولوعرف أنه لايبيحه: فاما أن تكون الزوجة عارفة بذلك أولا ، فان لم تكن عارفة كان لها المهر أيضاً وان كانت عارفة ، فان كانت مطاوعة ، فلا شيء ، والا فالمهر .

وان لم تقم البينة ، فقد قلنا ان القول قوله ، لكن ليس لها المطالبة بالمهر مع عدم القبض ان لم تكن وطأها، لاعترافها بفساد العقد، أوكان قد وطأها عالمة بالتحريم مطاوعة .

والا فلها المطالبة ، فان كان بقدر مهر المثل ، فلا يجب ، وان كان أكثر لم

---

(١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٢) المبسوط ١/٣١٧ .

يكن لها أخذ الزائد ، وان كان أقل لم يلزمه أكثر من المسمى ، ولها أن تمنع نفسها باطناً .

البحث الثاني : لو انعكس الفرض كان القول قول المرأة لغير ما ذكرناه ما لم يقم البينة، ثم ان وقع ذلك بعد الدخول،كان عليه المهر كملا، لثبوته بالوطيء ثبوتاً مستقراً . وان كان قبل الدخول ، قال الشيخ في المبسوط : كان لها نصف الصداق[١].

والحق وجوبه كملا ، لوجود المقتضي ، وهوالعقد المحكوم بصحته شرعاً .

احتج بأنه حرم عليه نكاحها قبل الدخول باعترافه ، فيجب لها نصف المهر كالطلاق .

والقياس عندنا باطل ، سلمنا لكن الفرق موجود ، اذ الطلاق يحصل معه البينونة ظاهراً ، بخلاف صورة النزاع . أما لو أقام البينة ، فالحكم ماتقدم .

وطولنا الكلام فيها ، لكونها من المهمات .

فرع :

لو أشكل زمان وقوع العقد ، فلم يعلم هل كان حال الاحلال أوحالةالاحرام؟ قال الشيخ في المبسوط : كان العقد صحيحاً[٢]. والاحوط تجديده .

فرع آخر :

قال في المبسوط : ولوكانت المرأة محرمة ، فالحكم ماتقدم .

---

(١) المبسوط ٣١٨/١ .

(٢) المبسوط ٣١٧/١ .

فرع ثالث :

قال: يكره للمحرم أن يخطب امرأة ليعقد عليها[١]. وتبعه ابن حمزة،وحرمه أبو علي . والحق الاول ، تمسكاً بالاصل ، واقتصاراً على النقل .

قال رحمه الله : ويحرم الطيب على العموم ماخلا خلوق الكعبة ، ولو في الطعام . ولو اضطر الى أكل مافيه طيب ، أو لبس مافيه طيب ، قبض على أنفه .

وقيل: انما يحرم المسك والزعفران والعود والكافور والورس . وقد يقتصر بعض على أربعة : المسك والعنبر والزعفران والورس ، والاول أظهر .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى الأول ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط الا أنه قال : وأغلظ الاجناس خمسة : المسك والعنبر والكافور والزعفران والعود وقد الحق بذلك الورس[٢].

وقال ابن أبي عقيل : أغلظها أربعة : المسك والعنبر والورس والزعفران . وهو ظاهر كلام أبي علي ، عملا بظاهر الروايات .

وتخصيص بعض الاجناس بالذكر ،كما اشتملت عليه بعض الروايات، غير مفيد لانتفاء التحريم عما عداه ، لان دلالة المفهوم بتقدير كونها حجة ضعيفة، فلا يعارض المنطوق .

والقول الثاني ذكره في النهاية[٣]، وهو ظاهر كلامه في الخلاف[٤]، لانه لم

---

(١) المبسوط ١/٣١٨ .

(٢) المبسوط ١/٣١٩ .

(٣) النهاية ص٢١٩ .

(٤) الخلاف ١/٤٣٧ ، مسألة٨٨ .

يوجب الكفارة باستعمال ماعدا هذه ، وتبعه ابن حمزة ، واقتصرفي الجمل[1]على ماعدا الورس .

وقال في التهذيب : الذي يجب اجتنابه المسك والعنبر والكافور والورس وقال : وقد روي العود[2].

وابن البراج حرم المسك والزعفران والعنبر والورس ، عملا بالاصل ، واقتصاراً على النقل . والاصل يخالف ، والحديث المشتمل على الزائد لاينافي المشتمل على الاقل ،كما بيناه .

وأما قوله « ولو في الطعام » ينبغي أن يراد فيه مع بقاء رائحته ، اذ مع انتفائها ينتفي الحرمة .

قال رحمه الله : ولبس المخيط للرجال ، وفي النساء خلاف ، والاظهر الجواز ، اضطراراً واختياراً . وأما الغلالة ، فجائزة للحائض اجماعاً .

اقول: المشهوربين الاصحاب جوازه ، وحرمه في النهاية[3]وحكى الجواز رواية .

لنا ـ الاصل ، ولانه المشهور بين الاصحاب ، فيتعين اتباعه ، وماتقدم في رواية يعقوب[4].

احتج بعموم المنع ، وهومخصوص بالرجال ، توفيقاً بين الادلة، ولانعمل المسلمين على ماقلناه .

قال رحمه الله : والاكتحال بالسواد علىقول ، وبمافيه طيب ، ويستويفي

---

(١) الجمل والعقود ص٢٢٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥ / ٢٩٩ .

(٣) النهاية ص٢١٧ .

(٤) فروع الكافي ٤ / ٣٤٠ ، ح٧ .

ذلك الرجل والمرأة .

اقول : في تحريم الاكتحال بالسواد قولان : الجواز ، قاله في الخلاف[١] والاقتصاد[٢] ، تمسكاً بالاصل .

والثاني التحريم، ذهب اليه في النهاية[٣] والمبسوط[٤]، عملا برواية زرارة عن الصادق عليه السلام[٥]، وعليه الاكثر، وجعله ابن بابوية مخصوصاً بالمرأة اذا قصدت به الريبة .

وأطلق ابن الجنيد ، عملا برواية معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتكتحل الرجل والمرأة المحرمان بالكحل الاسود الا من علة[٦]. وظاهر النهي التحريم ،كما بيناه في اصول الفقه ، والمشهور تحريم الاكتحال بما فيه طيب ، وجعله ابن الجنيد مكروهاً .

لنا ـ التمسك بالرواية .

قال رحمه الله : وكذا النظر في المرآة على الاشهر .

أقول: للشيخ قولان : التحريم، ذهب اليه في النهاية[٧] والمبسوط[٨]، وتبعه أبو الصلاح وابن ادريس ، عملا بالاحتياط وبالروايتين المرويتين عن الصادق

---

(١) الخلاف ١ / ٤٤٢ مسألة ١٠٦ .

(٢) الاقتصاد ص ٣٠٢ .

(٣) النهاية ص ٢٢٠ .

(٤) المبسوط ١ / ٣٢١ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٠١ ، ح ٢٢ .

(٦) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٠١ ، ح ٢١ .

(٧) النهاية ص ٢٢٠ .

(٨) المبسوط ١ / ٣٢١ .

عليه السلام[١].

والاخر الجواز ، تمسكاً بالاصل ، واختاره ابن البراج وابن حمزة .

قال رحمه الله: ولبس الخفين ومايستر ظهر القدم ، فان اضطر جاز،وقيل: يشقهما ، وهو متروك .

أقول : القائل بالشق ، أي : يشق ظاهر قدمهما، هو الشيخ في المبسوط[٢] وقال في الخلاف : يقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين على جهتهما[٣]. محتجاً بالاحتياط اذ مع الشق يحصل البراءة والصحة قطعاً، بخلاف العدم . وبمضمونه قال أبو علي ابن الجنيد .

وأما ابن حمزة ، فاختياره ماذكره الشيخ في المبسوط ، واستحب قطع الساقين ، ولم يذكر في النهاية[٤] الشق ، بل سوغ لبسه مع الضرورة واطلق ، وصرح ابن ادريس بالعدم .

لنا ـ أصالة براءة الذمة ، واطلاق الرواية[٥].

لايقال: ستر القدم حرام على المحرم اجماعاً ، وانما يتحرز عنه بالشق، وما لايتم الواجب الا به فهو واجب .

لانا نقول : متى يكون الستر محرماً اذا اضطر الى لبس الخفين ، أو اذالم يضطر ، الاول «م» والثاني «ع» والضرورة هنا متحققة فلاتحريم ، ويقوي عندي وجوب الشق ، عملا بالرواية المروية عن الباقر عليه السلام[٦]، وجواز اللبس لاينافيه.

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٠٢ ، ح٢٧ و٢٨ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٢٠ .

(٣) الخلاف ١/ ٤٣٤ مسألة٧٥ .

(٤) النهاية ص٢١٨ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥/ ٧٠ ، ح٣٧ .

(٦) من لايحضره الفقيه ٢/ ٣٤٠ .

قال رحمه الله : والفسوق . وهو الكذب .

أقول : وقال بعضهم : وهو السباب أيضاً ، ولابأس به ، اذ لاينفك عنه الا نادراً ، وخصصه ابن البراج بالكذب على الله ورسوله وأئمته عليهم السلام ، وهوغريب.

قال رحمه الله : والجدال ، وهو قول لاوالله وبلى والله .

أقول : قال أبو علي : وماكان من يمين يريد بها طاعة الله وصلة رحم،فمعفو عنه مالم يدأب في ذلك ، وهو حسن .

فرع :

لو ادعى عليه بدعوى كاذبة ، ففي جواز دفعها بلفظ الجلالة اشكال ، ينشأ : من عموم المنع ، ومن أنفيه دفعاً للضرر، فيكون سائغاً ، لقوله عليه السلام: لاضررولا اضرار[1].

قال رحمه الله : وقتل هوام الجسد حتى القمل .

أقول : سوغ ابن حمزة قتل القملة على البدن ،والمشهور المنع ، عملا بالرواية[2].

قال رحمه الله : واخراج الدم الا عند الضرورة ، وقيل : يكره .

أقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ المفيد قدس الله روحه، الا مع الضرورة عملا برواية الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام عن المحرم يحتجم ، قال : لا ، الا أن يخاف على نفسه التلف ولايستطيع الصلاة ، وقال : اذا آذاه الدم فلابأس به ويحتجم ولايحلق الشعر[3].

ونحمل ماعداها مما تدل على الجواز الذي هو حجة القائلين على الضرورة

---

(١) عوالي اللئالي ١/٣٨٣ و٢/٧٤ و٣/٢١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٢٩٧ ، ح٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٠٦ ، ح٤٢ .

جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : وكذا قيل في حك الجسد المفضي الى ادمائه ، وكذا في السواك ، والكراهية أظهر .

أقول : البحث في هاتين كالبحث في السابقة ، وقد تقدم .

واعلم أن السواك المحرم هو المفضي الى الادماء فقط .

قال رحمه الله : ولبس السلاح لغير الضرورة، وقيل : يكره[١]، وهو أشبه.

أقول: القول الاول هو المشهور بين الاصحاب، فيتعين اتباعه دفعاً للضرورة والثاني مستنده الاصل ، ويعارض بالاحتياط .

قال رحمه الله : ويتأكد في السواد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : لايجوز[٢]. والاقرب الكراهية ، عملا بالاصل ، والرواية[٣] الدالة على الحرمة محمولة على الكراهية .

قال رحمه الله : والنقاب للمرأة على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤]، فانه أفتى بالتحريم، وتبعه المتأخر ، وهو الحق عندي .

لنا ـ أن كشف وجهها واجب ، ولايتم الا بترك النقاب ، ومالايتم الواجب الا به فهو واجب ، فيكون ترك النقاب واجباً ولانعني بكونه محرماً الا ذلك .

لايقال : لو وجب كشف الوجه جميعاً ، لما ساغ اسدال القناع الى طرف

---

(١) في «س» : مكروه .

(٢) المبسوط ١/٣١٩ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٦٦ ، ح٢٢ .

(٤) المبسوط ١/٣٢٠ .

الانف ، لانه من جملة الوجه ، اذ الوجه عبارة عما يحصل به المواجهة،واللازم باطل اتفاقاً منا ، فالملزوم مثله .

بيان الملازمة : أن التحريم هناك انما هو لكون النقاب ساتراً لبعض الوجه وهذا المعنى متحقق في اسدال القناع فيثبت التحريم .

لانـا نقول : نحن لانجوز ذلك مطلقاً ، بل يشترط في جواز الاسدال عدم اصابة القناع للوجه ، وهذا غير ممكن في النقاب فافترقا .

على أن الشيخ قال في المبسوط : ويجوز لها أن تسدل على وجهها ثوبـاً اسدالا وتمنعه بيدها من أن يباشر وجهها أو بخشبة، فان باشر وجهها الثوب الذي تسدله تعمداً كان عليها دم[1].

وروى الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: مر أبوجعفر عليه السلام بامرأة متنقعةوهي محرمة ، فقال : احرمي واسفري وأرخي ثوبك من فوق رأسك ، فانك انتنقبت لم يتغير لونك ، فقال رجل : الى أيـن ترخيه ؟ فقال : تغطي عينيها ، قال قلت : يبلغ فمها ؟ قال : نعم[2].

قال رحمه الله : ولـو أفاض قبل الغروب جاهلا أو ناسياً ، فلاشيء عليه ، وان كان عامداً أجبره ببدنة ، وان لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً .

اقول : هذا التقدير هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده النقل عن أهل البيت عليهم السلام .

قال رحمه الله : اذا لم يتفق له الوقوف بعرفات نهاراً ، فوقف ليلا ، ثم لم يدرك المشعر حتى تطلع الشمس فاته الحج ، وقيل : يدركه ولو قبل الزوال ، وهو حسن .

---

(١) المبسوط ١ / ٣٢٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧٤/٥ ، ح٥٣ .

اقول : هذا القول ذكره السيد المرتضى قدس‌الله روحه ، محتجاً بالاجماع وأن كل من قال بوجوب الوقوف بالمشعر اجتزأ به ، ولو كان الوقوف قبل الزوال بلا فصل ، مع فوات الوقوف بعرفة لعذر من نسيان أو غيره ، فالفرق بين المسألتين خلاف اجماع المسلمين .

وكلاهما ضعيف . أما الاول ، فلان جماعة من أكابر علمائنا ، كالشيخ رحمه الله وأتباعه ، خالفوا في ذلك ، وحكموا بفوات الحج مع عدم ادراك أحدهما اختياراً ، محتجين بالاجماع وبالاخبار ، واذا تعارض الاجماعان تساقطا ، والا لزم الجمع بين النقيضين ، أو الترجيح من غير مرجح ، وهما محالان .

وأما الثاني ، فممنوع أيضاً ، بل لو ادعي الاجماع المركب على خلافه أمكن اذ لم يدرك الوقوف الاختياري به .

اذا عرفت هذا ، فنقول : الحق أنه يدرك الحج مع الوقوف به ولو قبل الزوال لوجهين :

الاول : ايجاب الاعادة مشقة وحرج عظيم ، فيكون منتفياً بوجوه :

الاول : قوله تعالى « ماجعل عليكم في الدين من حرج »[١] وقوله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر »[٢] الاية .

الثاني : قوله عليه‌السلام « بعثت بالحنيفية السمحة السهلة »[٣] وغير ذلك من الاخبار التي لاتحصى كثرة .

الثاني : مارواه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : من أدرك المشعر

---

(١) سورة الحج : ٧٨ .

(٢) سورة البقرة : ١٨٥ .

(٣) عوالي اللئالي ١ / ٣٨١ ، برقم : ٣ .

الحرام يوم النحر قبل زوال الشمس ، فقد أدرك الحج[١].

وفي اخرى : دخل اسحاق بن عمار على أبي الحسن عليه السلام يسأله عمن لم يدرك الناس بالموقفين ، فقال له : اذا أدرك مزدلفة فوقف بها قبل أن يزول الشمس يوم النحر ، فقد أدرك الحج[٢].

قال الشيخ في التهذيب : هذان الخبران يحتملان معنيين : أحدهما أن من أدرك مزدلفة قبل زوال الشمس ، فقد أدرك فضل الحج وثوابه ، دون أن يكون المراد بهما أن من أدركه فقد سقط عنه فرض الحج .

ويحتمل أيضاً أن يكون هذا الحكم مخصوصاً بمن أدرك عرفات ، ثم جاء الى المشعر قبل الزوال فقد أدرك الحج ، لانه أدرك أحد الموقفين اختياراً .

محتجاً على هذا التأويل برواية[٣] قاصرة عن افادة المطلوب ، ونقلهما في الخلاف[٤]، وذلك ليس لهما تأويل .

احتج الشيخ بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام ، وتحمل على ما ذكرناه ، جمعاً بين الادلة ، وتوهم المتأخر هنا وهما فتوق زلله[٥].

فـرع :

لو أدرك أحد الموقفين اضطراراً ، فالاقرب بطلان الحج ، لفوات أعظم الاركان .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٢٩١ ، ح٢٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٢٩١ ـ ٢٩٢ ، ح٢٦ .

(٣) التهذيب ٥/٢٩٢ .

(٤) الخلاف ١/٤٥٥ .

(٥) كذا في النسختين .

فرع آخر :

قال الشيخ في المبسوط : من فاته الوقوف بالمشعر لم يجزيه الوقوف بعرفة[١] وعنى به الوقوف الاختياري والاضطراري بعرفه .

لنا ـ قوله عليه السلام « الحج عرفة »[٢].

قال رحمه الله : ولـو نوى الوقوف ، ثم نـام او جن أو اغمي عليه ، صح وقوفه . وقيل : لا ، والاول أشبه .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : والمواضع التي تجب أن يكون الانسان فيها مفيقاً أربعة : الاحرام ، والوقوف بالموقفين ، والطواف ، والسعي ، فان كان مجنوناً أومغلوباً على عقله، لم ينعقد احرامه، الا أن ينوي عنه وليه على ماقدمناه وماعداه يصح منه ، وصلاة الطواف حكمها حكم الاربعة ، وكذا طواف النساء، وكذا حكم النوم سواء . والاولى أن نقول : تصح منه الوقوف بالموقفين وان كان نائماً ، لان الغرض منه الكون فيه لاالذكر[٣].

قال ابن ادريس : هذا غير واضح ، ولابد من نية الوقوف بغير خلاف ،لما قدمناه من الادلة . وعنى بها الاية والخبر المشهور، قال:والاجماع أيضاً حاصل عليه.

والحق أن نقول : ان سبقت منه نية الوقوف في وقته صح حجه ، والا فلا .

لنا ـ على الاول أنه مع فعل ذلك يكون قد أتى بالمأمور به على وجهه فخرج عن عهدة التكليف .

أما الصغرى ، فلان المأمور بـه ليس الا الكون في الموضع المخصوص فقط اجماعاً منا ، وليس الذكر جزءاً منه ، بل انما هو مستحب ، ومع سبق النية

(١) المبسوط ١/٣٦٧ .

(٢) سنن ابن ماجة ٢/١٠٠٣ ، برقم : ٣٠١٥ .

(٣) المبسوط ١/٣٨٤ .

على العذر في الوقت يكون ناوياً للكون المأمور به ، فيكون آتياً به ، اذ الواجب مايصدق عليه هذا الاسم فقط .

ومعنى قول الاصحاب وقت الوقوف مابين طلوع الفجر الى طلوع الشمس أي : ان هذا الزمان صالح لنية الكون ، ولاريب في صدقه ، أعني : الوقوف بالمشعر ، لابمعنى أنه يجب شغل جميع أجزاء هذا الزمان بالوقوف ، بمعنى أنه أي وقت منه نوى الوقوف فيه أجزأ ، كما في أوقات العبادات اليومية بعد حضور أول الوقت ناوياً له .

وأما الثانية ، فلما بينا أن الامر للاجزاء ، اما اذا لم ينو أصلا ، أو نوى قبل دخول وقت الوقوف ، ثم حصل العذر ، لم يصح وقوفه ، لانه لم يأت بالمأمور به ، وهو ظاهر .

قال رحمه الله : وتجب فيه شروط ثلاثة : أن يكون مما يسمى حجراً .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لايجوز الرمي الا بالحجر وماكان من جنسه من الجواهر والبرام وأنواع الحجارة . ولايجوز بغيره ، كالمدر والآجر والكحل والزرنيخ والملح ، وغيرذلك من الذهب والفضة[1].

وقال في المبسوط[2] والجمل[3] : لايجوز الرمي الا بالحصى ، وتبعه ابن ادريس ، وهو اختيار السيد المرتضى قدس الله روحه ، ونقله عن الشافعي أيضاً ولعله أقرب .

لنا ــ أن الرمي عبادة شرعية ، فيقتصر منها على اذن الشارع .

واحتج المرتضى بالاجماع ، وطريقة الاحتياط ، اذ لاخلاف في اجزاء الرمي

---

(١) الخلاف ١/ ٤٥٥ ، مسألة ١٦٣ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٦٩ .

(٣) الجمل والعقود ص٢٣٤ .

بالحجر ، وانما الخلاف فيما عداه .

وعارض الجمهور بما رووه عن الفضل بن عباس أنه قال : لما أفاض رسول الله ﷺ من عرفة وهبط وادي محسر، قال: يا أيها الناس عليكم بحصى الخذف[١]. والامر للوجوب .

احتج الشيخ بأن المقصود الرمي ، وهو يحصل بكل واحد من هذه الامور ونمنع ذلك ، سلمنا لكنه منقوض بالكحل والزرنيخ وماأشبههما ، فان مسمى الرمي يحصل بهما مع أنه لايجزيه .

قال رحمه الله : يستحب أن يرميها خذفا .

أقول : قال السيد المرتضى قدس الله روحه: ومما انفردت به الامامية القول بوجوب الخذف لحصى الجمار ، وهو أن يضع الرامي الحصاة على ابهام يده اليمنى ويدفعه بظهر اصبعه الوسطى . ولم يراع غيره ذلك، وتبعه ابن ادريس ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٢].

احتج المرتضى قدس الله روحه بالاجماع، وبأن النبي عليه السلام في أكثر الروايات أمر بالخذف ، والخذف كيفية في الرمي مخالفة لغيرها .

وأقول: هذا القول ليس بعيداً من الصواب ، لكن الاول يعتضد بأصالة البراءة.

قال رحمه الله: ولو تمتع المكي وجب عليه الهدي .

أقول : قد مر البحث في هذه .

قال رحمه الله: ولايجزىء الواحد في الواجب الا عن واحد ، وقيل: يجزي مع الضرورة عن خمسة وعن سبعة ، اذا كانوا أهل خوان واحد ، والاول أشبه .

اقول : اختلفت الاراء في هذه المسألة بسبب اختلاف الروايات ، فذهب

---

(١) سنن ابن ماجة ١٠٠٨/٢ .

(٢) المبسوط ٣٦٩/١ .

الشيخ في كتابي الاخبار والنهاية[١] والمبسوط[٢] الى القول الثاني ، قال أيضاً : وعن سبعين ، عملا بالرواية المروية عن أبي جعفر عليه السلام قال : ماخف فهو أفضل قلت : عن كم يجزىء ؟ فقال : عن سبعين[٣].

وذهب في الخلاف[٤] الى الاول ، واختاره المتأخر ، ولعله أقرب .

لنا ـ عموم قوله تعالى «فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي»[٥] وتحمل الرواية على التطوع ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : ويستحب أن يقسم الهدي أثلاثاً : يأكل ثلثه ، ويتصدق بثلثه ويهدي ثلثه . وقيل : يجب الاكل منه ، وهو الاظهر .

اقول : قال الشيخ في المبسوط : ومن السنة أن يأكل من هديه لمتعته يأكل ثلثه ، ويطعم القانع والمعتر ثلثه ، ويهدي لاصدقائه ثلثه[٦].

وقال ابن ادريس : فاما هدي التمتع والقارن ، فالواجب أن يأكل منه ولو قليلا، ويتصدق على القانع والمعتر ولو قليلا، لقوله تعالى «فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر[٧]» والامر عندنا يقتضي الوجوب والفور دون التراخي ، وهو الاقوى عندي ، وعليه دلت ظاهر الروايات .

قال رحمه الله : ومن فقد الهدي ووجد ثمنه ، قيل : يخلفه عند من يشتريه طول ذي الحجة ، وقيل : ينتقل فرضه الى الصوم ، وهو الاشبه .

---

(١) النهاية ص٢٥٨ .

(٢) المبسوط ١ /٣٧٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/ ٢٠٩ ، ح٤٢ .

(٤) الخلاف ١ /٤٥٧ .

(٥) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٦) المبسوط ١ /٣٧٤ .

(٧) سورة الحج : ٣٦ .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في جميع كتبه . قال في المبسوط : فان لم يتفق شراؤه في ذي الحجة وجب ذبحه في العام المقبل في ذي الحجة[١] عملا بالاحتياط ، ولان العجز انما يتحقق بعدم الهدي وثمنه .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، عملا بأصالة براءة الذمة من وجوب التخلف ، وللاية ، لان الله لم ينقلنا عند عدم الهدي الا الى الصوم ولم يجعل واسطة ، فمن أثبتها فعليه الدلالة ،كما في العتق .

والعجزيتحقق بعدم الرقبة وان وجد الثمن،كما يتحقق بعدم الثمن وان وجد الرقبة ، وانكار ذلك مكابرة محضة .

لايقال : الفرق يطلق على واجد الثمن أنه واجد .

لانانقول: نمنع ذلك، سلمنا لكن الوجدان له معنيان عرفي وشرعي، والمراد به المعنى الاخير، ولاشك في انتفائه مع انتفاء أحد الوصفين، ونقل صاحب كشف الرموز عن المصنف أنه كان يعني بالاول ، وهو الاحوط عندي .

قال رحمه الله : ولو صام يومين وأفطر الثالث لم يجزيه واستأنف ، الا أن يكون ذلك هو العيد ، فيأتي بالثالث بعد النفر .

اقول: قال في المبسوط والجمل في كتاب الصوم : صوم دم المتعة ان صام يومين ثم أفطر بنى ، وان صام يوماً ثم أفطر أعاد[٢].

قال ابن ادريس : هذا الاطلاق ليس بصحيح ، الا في موضع واحد ، وعنى به هذه الصورة ، والذي ذكره المصنف ، ولعله أقرب .

لنا ــ أن الامرورد بالتتابع ، ترك العمل به في هذه الصور بالاجماع، فيبقى معمولا به فيما عداها .

---

(١) المبسوط ١ / ٣٧٠ .

(٢) المبسوط ١ / ٢٨٠ .

واحتج الشيخ بأن تتابع الاكثر يجري مجرى تتابع الجميع، كما في الشهرين والقياس ليس حجة عندنا .

قال رحمه الله: وصوم السبعة بعد وصوله الى أهله، ولايشترط فيها الموالاة على الاصح .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى عدم اشتراط المتابعة ، تمسكاً بالاصل ، واعتماداً على المشهور من النقل ، فذهب أبو الصلاح الى وجوب الموالاة، عملا بقوله تعالى « وسبعة اذا رجعتم[1] » والامر للفور ، ونمنع ذلك .

قال رحمه الله : ولومات من وجب عليه الصوم ولم يصم ، وجب على وليه الصوم عنه الثلاثة دون السبعة . وقيل: بوجوب قضاء الجميع ، وهو الاشبه .

اقول: قال الشيخ في المبسوط : فان مات من وجب عليه الهدي ولم يكن معه ثمنه، ولايكون صام أيضاً، صام عنه وليه الثلاثة أيام ، ولايلزمه قضاء السبعة، بل يستحب له ذلك .

هذا اذا كان يمكن من الصوم ولم يصم، فاما ان لم يتمكن من الصوم أصلا لمرض ، فلا تجب القضاء عنه ، وانما يستحب ذلك على الولي .

وقال المتأخر بوجوب قضاء السبعة أيضاً مع تمكن الميت من صيامها ، محتجاً بالعمومات الدالة على أنه تجب قضاء مافات الميت من الصيام مع تمكنه منه ، والاصل يخالف للدليل .

قال رحمه الله: فاذا فرغ من الذبح ، فهومخير ان شاء حلق وان شاء قصر والحلق أفضل ، ويتأكد في الصرورة ، ومن لبد شعره . وقيل : لايجزيه الاالحلق والاول أظهر .

---

(١) سورة البقرة : ١٩٦ .

اقول : قال الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] : الصرورة والملبد أي : الذي جعل في رأسه عسلا أو صمغاً، لئلا يقمل أويتسخ ـ لا يجزيهما غيرالحلق .

واختاره شيخنا المفيد ، عملا برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : على الصرورة أن يحلق رأسه ولايقصر ، انما التقصير لمن حج حجة الاسلام[٣].

وفي معناها رواية بكر بن خالد عنه عليه السلام[٤].

وفي رواية معاوية بن عمار عنه عليه السلام قال : ينبغي للصرورة أن يحلق وان كان قد حج ، فان شاء قصر وان شاء حلق ، قال : واذا لبد شعره أو عقصه ، فان عليه الحلق وليس له التقصير[٥].

ولم يفرق في الجمل[٦] بين كونه صرورة أو غيره ، لبد شعره أو لا ، لكن الحلق أفضل، عملا بالاصل، واستناداً الى الاية[٧]،واختاره المتأخر، وعليه الاكثر.

قال رحمه الله: ويجب تقديم التقصيرعلى زيارة البيت لطواف الحجوالسعي فلو عكس عامداً جبره بشاة ، ولو كان ناسياً لم يجب عليه شيء ، وعليه اعادة الطواف على الاظهر .

اقول : لاأعرف بين الاصحاب في هذه خلافاً فأنقله .

قال رحمه الله : وأن يكون مختوناً .

أقول : ينبغي أن يراد فيه اذا أمكنه الختان . أما لو تعذر عليه ذلك ، جاز له

---

(١) النهاية ص٢٦٢ .

(٢) المبسوط ١/٣٧٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٢٤٣ ، ح١٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٢٤٣ ، ح١٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥/٢٤٣ ، ح١٤ .

(٦) الجمل والعقود ص٢٣٦ .

(٧) في هامش «س» عن نسخة : الرواية .

الطواف ، وان كان الشيخ في المبسوط[١] أطلق .

قال رحمه الله : وتجب البدأة بالحجر الاسود والختم به .

اقول : لاخلاف في البدأة بالحجر والختم به ، وانما نذكر هنا مسألة، وهي أنه لو ابتدأ الطواف من غير الحجر ، فاما أن يبتدأ به من موضع قبله أو بعده .

فان ابتدأه من موضع قبله لم يعتد بذلك الشوط الى أن ينتهي الى أول الحجر فاذا انتهى اليه جعل ابتداء طوافه منه . هذا ان نوى قطع الشوط الاول عنده وابتدأ طواف الفريضة منه . ويحتمل ضعيفاً البطلان .

ولو ابتدأ به من موضع بعده ، لم يعتد به أيضاً ، وجدد نية الاستئناف عند الوصول الى أول الحجر ، مع احتمال ذلك أيضاً .

فرع :

لو حاذى آخر الحجر ببعض بدنه في ابتداء الطواف ، فالاقوى البطلان ، وللشافعي وجهان حكاهما الغزالي في الوجيز .

قال رحمه الله : الزيادة على سبع في الطواف الواجب محظورة على الاظهر وفي النافلة مكروهة .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن تعمد الزيادة في طواف الفريضة محرم مبطل ، عملا بالاحتياط ، ولان الطواف مساو للصلاة ، فيبطله مايبطلها ، ولاشك أن الزيادة مبطلة للصلاة ، فتكون مبطلة لمساويها ، أعني : الطواف .

أما الاولى ، فلقوله عليه السلام «الطواف بالبيت صلاة»[٢].

وأما الثانية ، فلما ثبت من وجوب تساوي المثلين في جميع الاحكام اللازمة

---

(١) المبسوط ٣٥٨/١ .

(٢) عوالي اللئالي ١٦٧/٢ ، برقم : ٣ .

واستناداً الى الروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

وقال المتأخر : انه مكروه شديد الكراهة ، واختاره الشيخ في الاستبصار[١] عملا بأصالة عدم التحريم ، وتمسكاً برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال : انما يكره أن يجمع الرجل بين الاسبوعين والطوافين في الفريضة، فأما في النافلة فلا بأس[٢]. وفي معناها رواية عمر بن يزيد عنه عليه السلام[٣].

وتحمل الروايتان الاخريان على ذلك دفعاً للتناقض .

قال رحمه الله : يجب أن يصلي ركعتي الطواف .

أقول : المشهور وجوب ركعتي الطواف الواجب ومنهم من استحبها .

لنا ـ الاية والرواية . احتجوا بالاصل ، وهو معارض بما ذكرناه .

قال رحمه الله : من طاف في ثوب نجس مع العلم لم يصح طوافه .

أقول : هذا هو المشهور بين علمائنا ، وظاهر كلام ابن الجنيد الكراهية .

لنا ـ ماتقدم في مسألة الزيادة ، ولان الطواف في الثوب النجس يستلزم ادخال النجاسة الى المسجد ، وهو منهي عنه ، واستناداً الى الرواية المروية عن الصادق عليه السلام[٤].

احتجا بالاصل ، ويعارض بما ذكرناه .

فـرع :

والبحث في نجاسة البدن ، كالبحث في نجاسة الثوب .

---

(١) الاستبصار ٢/٢٢١ .

(٢) الاستبصار ٢/٢٢٠ ، ح١ .

(٣) الاستبصار ٢/٢٢٠ ، ح٢ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/١٢٦ ، ح٨٧ .

فرع آخر :

قال في الخلاف : ستر العورة شرط[1]. وتبعه ابن زهرة ، عملا بالحديث الذي رويناه أولا . وفيه نظر .

قال رحمه الله : ويستحب له استلام الحجر على الاصح .

أقول : المشهور الاستحباب ، تمسكاً بالاصل . وقال سلار : انه واجب ، وهوظاهر كلام شيخنا المفيد كرم الله محله، عملا بالاحتياط ، وتعارض بما ذكرناه.

قال رحمه الله : وأن يكون في طوافه داعياً ، ذاكراً لله سبحانه على سكينة ووقار ، مقتصداً في مشيه . وقيل : يرمل ثلاثاً ويمشي أربعاً .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[2]، واختاره أبو الصلاح وابن ادريس ، وهومذهب ابن الجنيد وابن أبي‌عقيل ، عملا بالرواية عن الصادق عليه السلام[3].

وقال في المبسوط : يستحب أن يرمل ثلاثاً ، أي : يسرع ويمشي أربعاً في الطواف ، هذا في طواف القدوم فحسب ، اقتداءاً بالنبي صلى الله عليه وآله كذا فعل ، رواه جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام عن جابر . وليس على المريض والنساء رمل ، أعني: الرمل في الثلاثة الاول والمشي في الاربعة الاخير ، ولاعلى من يحمله أو يحمل ويطاف به[4].

وجعله ابن حمزة مستحباً في الطواف كله ، وخصوصاً في طواف الزيارة .

قال رحمه الله : ويستحب ثلاثمائة وستون طوافاً ، فان لم يتمكن فثلاثمائة

(١) الخلاف ١/٤٤٦ مسألة ١٢٩ .

(٢) النهاية ص ٢٣٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/١٠٩ ، ح ٢٤ .

(٤) المبسوط ١/٣٥٦ .

وستون شوطاً، ويلحق الزيادة بالطواف الاخير،وتسقط الكراهية هنا بهذاالاعتبار.

أقول : مستند هذه المسألة رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : يستحب أن تطوف ثلاثمائة وستين اسبوعاً عدد أيام السنة ، فان لم تستطع فما قدرت عليه من الطواف[١].

وهذه الرواية قبلها أكثرالاصحاب وأفتى بمضمونها ، وليس في طريقها طعن ومع تحقق الرواية ينتفي كراهية الزيادة على السبعة ، لما عرفت أن العام يخص لدليل أخص منه ، لانهما دليلان تعارضا . فاما أن لايعمل بهما ، أو يعمل بهما ، أو يعمل بالعام أو بالخاص ، والاقسام الثلاثة الاول باطلة ، فتعين الرابع ، وتمام الاستدلال مذكور في أصول الفقه .

ونقول : يلحق الاشواط الثلاثة بالطواف الاخير ، تخلصاً من الجمع بين الطوافين ، فيكون عدد أشواطه عشراً . وأما سلار ، فاستحب زيادة أربعة أشواط أخر ، تخلصاً من كراهية الزيادة ، ولابأس به .

قال رحمه الله : ومن زاد على السبعة سهواً ، أكملها أسبوعين وصلى ركعتي الفريضة أولا وركعتي النافلة بعد الفراغ من السعي .

أقول : هذا هوالمشهوربين الاصحاب ، عملابأصالة براءة الذمة من وجوب الاعادة ، ولان الاعادة فرض ثان يفتقرالى دليل ، وحيث لادلالة فلااعادة ، ويؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[٢].

وقال الصدوق بوجوب الاعادة ، وجعل فتوى الاصحاب رواية[٣] ، عملا

---

(١) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح١١٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ١١٢/٥ ، ح٣١ .

(٣) من لايحضره الفقيه ٣٩٦/٢ .

بالاحتياط ، واستناداً الى رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام[١]. والاحتياط معارض بالاصل ، والرواية محمولة على تعمد الزيادة ، جمعاً بين الادلة .

فائدة :

أطلق الشيخ رحمه الله الامر بالاضافة ولم يذكر أي الطوافين هو طواف الفريضة . وكذا ابن ادريس . أما ابن بابوية، فانه جعل طواف الفريضة هو الثاني وجعل الركعتين الاولتين له،والركعتين والطواف الاول ندب . وكذا ابن الجنيد.

والاليق بمذهب الشيخ قدس الله روحه أن يكون الاول هو الواجب والثاني المستحب ، اذ الزيادة انما تبطل عنده لو وقعت عمداً ، وانما يتمشى على قاعدة الصدوق رحمه الله من ابطال الطواف بالزيادة مطلقاً ، سواء وقعت عمداً أوسهواً.

قال رحمه الله : من نسي طواف الزيارة حتى رجع الى أهله وواقع، قيل: عليه بدنة والرجوع الى مكة للطواف . وقيل : لاكفارة عليه ، وهو الاصح . ويحمل القول الاول على من واقع بعد الذكر .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣]، عملا بالروايات المشهورة عن أهل البيت عليهم السلام .

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، وهو الاقوى .

لنا ــ أنه مع النسيان يكون ما فعله سائغاً بالاجماع ، فلايترتب عليه كفارة ، وتحمل الروايات على من واقع بعد الذكر ،لان الوطيء حينئذ يكون محرماً يترتب عليه الكفارة .

قال رحمه الله : اذا نسي طواف النساء جاز أن يستنيب ، ولو مات قضاه

(١) تهذيب الاحكام ٥/١١١ ، ح٣٣ .

(٢) النهاية ص٢٤٠ .

(٣) المبسوط ١/٣٥٩ .

وليه وجوباً .

اقول : لايشترط[1]هنا في جواز الاستنابة تعذرالعود ، عملا بالاصل السالم عن معارضة النص .

فـرع :

لاخلاف أن الرجل اذاترك طواف النساء، حرم عليه وطؤهن حتى يطوف أو يستنيب .

وانما الخلاف في المرأة لوتركته ، فذهب ابن بابوية الى تحريم الرجال عليها اوتركته حتى تأتي به ، أو يستنيب فيه كالرجل .

وليس بجيد ، أما أولا فلان أصالة البراءة تنفي ذلك ، ترك العمل بها فـي الصورة الاولى ، للاجماع والنص ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

وأما ثانياً ، فلان حملها على الرجل قياس ، ونحن لانقول به .

فرع آخر :

أوجب هذاالقائل طواف الوداع، وجعله قائماً مقامطواف النساءفي التحليل.

وليس بصواب ، فان طواف الوداع مستحب ، فلايجزىء ، عن الواجب ، وبماقالهرواية نادرة رواها اسحاق بن عمارعن الصادق عليه السلام . وابن الجنيد يسمى طواف النساء طواف الوداع وأوجبه .

قال رحمه الله : من طافكان بالخيارفي تأخيرالسعي الى الغد، ثم لايجوز مع القدرة .

اقول : قال في المبسوط : من طاف بالبيت جازله أن يؤخر السعي الى بعد

---

(١) في « س » : الاشتراط .

ساعة، ولايجوز له أن يؤخره الى غد يومه[١] ودل على ما قال الشيخ رواية عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام[٢]. وتبعه الجماعة .

وأما المصنف ، فظاهر عبارته يدل على جواز التأخير الى غده ، ثم لايجوز التأخير عن الغد الالضرورة ولاأرى لما قاله المصنف وجهاً .

قال صاحب كشف الرموز سألت المصنف عن هذا فاستدل بالاية ، فقلت : لوصح الاستدلال بها لجازالتأخيرطول ذي الحجة ، فالتقدير هنا تحكم ، فأعرض عن الجواب .

وأقول: يحتمل أن يكون « ثم » هنا بمعنى الواو ، فلا مأخذ ، ويكون موافقاً لما قاله الشيخ .

قال رحمه‌الله: قيل : لايجوزالطواف وعلى الطائف برطلة، ومنهم من‌خص ذلك بطواف العمرة ، نظراً الى تحريم تغطية الرأس .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله عملا برواية زياد بن يحيى عن الصادق عليه السلام قال : لاتطف بالبيت وعليك برطلة[٣] وفي معناها رواية يزيد بن أبي خليفة عنه عليه السلام[٤] وقال في التهذيب : انه مكروه[٥].

وقال ابن ادريس: انه مكروه في طواف الحج ، محرم في طواف العمرة . وهوالصواب . أما الكراهية في طواف الحج ، فلظاهر الروايتين . وأما التحريم في طواف العمرة، فلان تغطية الرأس فيها حرام اتفاقاً منا، ولايتم الا بترك البرطلة فيكون فعلها حراماً .

---

(١) المبسوط ١/٣٥٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/١٢٨ – ١٢٩ ، ح٩٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ١/١٣٤ ، ح١١٤ .

(٤) تهذيب الاحكام ١/١٣٤ ، ح١١٥ وفيه : يزيد بن خليفة .

(٥) التهذيب ١/١٣٤ .

فرعان :

الاول: لوقدم طواف الحج على الوقوف لضرورة، وجب عليه كشف الرأس في الطواف ، وحرم لبس البرطلة لما ذكرناه .

الثاني : لوعصى وغطى رأسه ، فالاقوى صحة الطواف ، لان مماسة البرطلة للرأس ليس جزءاً من الطواف فالطائف كذلك آت بالمأمور به على وجهه، وقد بينا أن الامر للاجزاء ، بخلاف الصلاة في الدار المغصوبة .

قال رحمه الله : من نذر أن يطوف على أربع ، قيل : يجب عليه طوافان ، وقيل : لاينعقد النذر ، وربما قيل بالاول اذا كان الناذر امرأة ، اقتصاراً على مورد النقل .

اقول: القول الاول قاله الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] قال: طواف ليديه والاخر لرجليه ، تمسكاً برواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة نذرت أن تطوف على أربع ، قال : تطوف أسبوعاً ليديها وأسبوعاً لرجليها[٣]. وفي معناها رواية أبي الجهم عنه عليه السلام[٤].

والقول الثاني ذهب اليه ابن ادريس ، ولعله أقرب .

لنا ـ أنه نذر غير مشروع ، فلاينعقد ، والمقدمتان ظاهرتان .

والقول الثالث اختاره المصنف، ولم أجد به قائلا سواه، ولابأس به اتباعاً للنقل.

قال رحمه الله : ومقدمات السعي كلها مندوبة .

اقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن الطهارة ليس شرطاً بل مستحبة، عملا

---

(١) النهاية ص٢٤٢ .

(٢) المبسوط ١ /٣٦٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح١١٨ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٣٥/٥ ، ح١١٩ .

بالاصل، واستناداً الى ظاهر النقل . وقال ابن أبي عقيل: لايجوز الطواف والسعي بين الصفا والمروة الا بطهارة .

محتجاً برواية الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة تطوف بين الصفا والمروة وهي حائض ، قال : لا ، لان الله تعالى يقول : « ان الصفا والمروة من شعائر الله »[1] وفي معناها رواية ابن فضال عن أبي الحسن عليه السلام[2].

وتحملان على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : ويستحب أن يكون ماشياً ، ولو كان راكباً جاز .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وان كان شاذاً منهم بالتحريم الا مع الضرورة .

قال رحمه الله : ولابأس أن يجلس في خلال السعي للراحة .

اقول : قال أبو الصلاح : لايجوز الجلوس بين الصفا والمروة ، ويجوز الوقوف عند الاعياء للاستراحة ، والجلوس على الصفا والمروة، وتبعه ابن زهرة والمشهور بين الاصحاب الجواز، للاصل: ولرواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام[3].

احتج برواية عبدالرحمن عنه عليه السلام قال : لاتجلس بين الصفا والمروة الامن جهد[4]. وتحمل على الكراهية ، جمعاً بين الادلة .

قال رحمه الله : وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض .

أقول : معناه ان كان في المفرد على الصفا أعاد ، وان كان على المروة لم يعد ، لانه حينئذ يكون قد بدأ بالصفا .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٩٤ ، ح١٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/١٥٤ ، ح٣٣ .

(٣) فروع الكافي ٤/٤٣٧ ، ح٣ .

(٤) فروع الكافي ٤/٤٣٧ ، ح٤ .

قال رحمه الله : ولوكان متمتعاً بالعمرة ، فظن أنه أتم ، فأحل وواقع النساء ثم ذكر مانقص ، كان عليه دم بقرة على رواية ويتم النقصان . وكذا قيل : لو قلم أظفاره ، أو قص شعره .

أقول : هذه الرواية رواها سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل متمتع سعى بين الصفا والمروة ستة أشواط ، ثم رجع الى منزله، وهو يرى أنه قد فرغ منه فقلم أظفاره وأحل ، ثم ذكر أنه سعى ستة أشواط ، فقال : ان كان يحفظ أنه سعى ستة أشواط ، فليعد وليتم شوطاً وليرق دماً ، قلت : دم ماذا ؟ قال: دم بقرة[1].

وفي معناها رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام[2] وزاد أو قصر .

وعليها فتوى الشيخ في باب السعي ، وشيخنا المفيد أيضاً ، وتبعهم المتأخر وقالوا جميعاً في باب مايجب على المحرم اجتنابه: انه يتم ولا كفارة . وهو الوجه عندي ، وتحمل الروايتان على الاستحباب ، اذ الكفارة لتكفير الذنب ، وحيث لاذنب فلاتكفير .

قال صاحب كشف الرموز : والوجه أنه تختص الكفارة بالظان لابالناسي، جمعاً بين الاقوال ، وقد صرح المتأخر بذلك . وهو غلط ، فان مع ظن الاتمام يكون مافعله سائغاً ، فلايترتب عليه الكفارة .

قال رحمه الله : يكره أن يمنع أحد من سكنى دور مكة ، وقيل : يحرم ، والاول أصح .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٥٣/٥ ، ح٢٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٣/٥ ، ح٢٨ .

أقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية[١] والمبسوط[٢] يقتضي التحريم، وهو الظاهر من كلام ابن ادريس ، لكن الشيخ رحمه الله احتج بقوله تعالى « سواء العاكف فيه والباد »[٣].

وأما ابن ادريس ، فانه احتج بالاجماع ، ثم قال : فاما الاستشهاد بالاية ، فضعيف ، اذ الضمير راجع الى ما تقدم وليس الا المسجد الحرام ، ولا دلالة على الدور التي بمكة بشيء من الدلالات ، بل اجماع أصحابنا منعقد وأخبارهم متواترة ، فان لم تكن متواترة ، فهي متلقاة بالقبول لم يدفعها أحد منهم، فالاجماع هو الدليل القاطع على ذلك دون غيره .

والحق الجواز على كراهية . أما الجواز ، فللاخبار الدالة على أن الناس مسلطون على أموالهم . وأما الكراهية، فلرواية صفوان عن الحسين بن أبي العلاء قال : ذكر أبو عبدالله عليه السلام هذه الاية « سواء العاكف فيه والباد » فقال : كانت مكة ليس على شيء منها باب ، وكان أول من علق على بابه المصراعين معاوية بن أبي سفيان ، وليس ينبغي لاحد أن يمنع الحاج شيئاً من الدور ومنازلها[٤].

ولفظة « لاينبغي » يراد بها الكراهية ظاهراً ، فيحمل عليها .

واعلم أن هذا الخلاف مبني على تفسير المسجد الحرام ، قيل : المراد به المسجد نفسه ، فعلى هذا لايحرم المنع . وقيل : المراد به الحرم كله .

فعلى هذا ان قلنا ان المراد بقوله تعالى « سواء » أي : العاكف أعني المقيم والبادي أي الاتي للحج والعمرة سواء بالنزول فيه، كما فسره به بعضهم، والافلا.

---

(١) النهاية ص٢٨٤ .

(٢) المبسوط ٣٨٤/١ .

(٣) سورة الحج : ٢٥ .

(٤) فروع الكافي ٢٤٣/٤ ـ ٢٤٤ .

قال رحمه الله : يحرم أن يرفع بناء فوق الكعبة ، وقيل: يكره، وهو الاشبه.

أقول : ظاهر كلام الشيخ وابن ادريس التحريم ، والحق الجواز على كراهية . أما الجواز، فلما قلناه في المسألة الاولى . وأما الكراهية ، فلما فيه من الجرأة على تلك البقعة المشرفة .

احتجا بأن لتلك البقعة حرمة ومزية على غيره يناسب تحريم رفع البناء فوقها ، وبما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : لاينبغي لاحد أن يرفع بناءاً فوق الكعبة[١].

وتحمل على الكراهية، اذ لفظة «ينبغي» تدل عليها ظاهراً، والحرمة لاتوجب التحريم بل الكراهية .

قال رحمه الله : اذا ترك الناس زيارة النبي عليه السلام اجبروا عليها ، لما يتضمن من الجفاء المحرم .

اقول : قد نازع ابن ادريس في هذه المسألة ، نظراً الى أن الالزام بالمندوب غير جائز . وليس بشيء ، اذ موجب الالزام هو الحذر من الجفاء ، ولاريب أن جفاء النبي والمعصوم حرام ، لمافيه من ترك طاعته الواجبة، فيكون مايؤدي اليه حراماً ، لقوله تعالى « ولاتعاونوا على الاثم والعدوان »[٢].

فائدة :

انما يجب الاجبار اذا لم يكن في الزيارة مشقة مانعة ، أما لو حصل ذلك لم يجب الاجبار قولا واحداً .

قال رحمه الله : ولوكان ساق ، قيل : يفتقر الى هدي التحلل . وقيل:يكفيه

---

(١) تهذيب الاحكام ٤٦٣/٥ ، ح٢٦٢ .

(٢) سورة المائدة : ٢ .

ماساقه ، وهو الاشبه .

اقول : الاول ذهب اليه علي بن بابوية رحمه الله ، قال : واذا قرن الرجل بين الحج والعمرة وأحصر، بعث هدياً مع هديه، ولايحل حتى يبلغ الهدي محله.

قال المتأخر : والمراد بالقران هنا أن يأتي بهما منفردين في عام واحد ، أعني : الحج والعمرة ، ويقرن باحرام أحدهما هدياً يشعره أو يقلده ، فيخرج عن ملكه بذلك ، وان لم يكن واجباً عليه بالاصالة .

قال: وأما قوله « بعث هدياً مع هديه » فالمراد به أن الهدي المسوق لايكفي عن هدي التحلل ، وكأنه نظر الى سبق وجوبه على الاحصار .

واذا كان وجوبه سابقاً على الاحصار ، وجب بعث هدي آخر للتحلل .

أما أولا ، فلاصالة عدم التداخل .

وأما ثانياً، فلاستحالة اجتماع العلل المستقلة على المعلول الواحد بالشخص اذ لانزاع بيننا أن الاحصار موجب للهدي عند ارادة التحلل .

وأما ثالثاً ، فلقوله تعالى « فان أحصرتم فما استيسر من الهدي »[1].

قال : وماقاله قوي معتمد ، غير أن باقي أصحابنا رضوان الله عليهم احتجوا بالاصل الدال على البراءة .

وبما رواه زرارة بن أعين عن الباقر عليه السلام قال: اذا أحصر الرجل بعث بهديه فان أفاق ووجد من نفسه خفة ، فليمض ان ظن أن يدرك هديه قبل أن ينحر ، فان قدم مكة قبل أن ينحر هديه ، فليقم على احرامه حتى يقضي المناسك وينحر هديه ولاشيء عليه ، وان قدم مكة وقد نحر هديه ، كان عليه الحج من قابل والعمرة ، قلت : فان مات قبل أن ينتهي الى مكة، قال: ان كان حجة الاسلام يحج عنه ويعتمر

---

(١) سورة البقرة : ١٩٦ .

فانما هو شيء عليه[١].

والتداخل يصار اليه للدليل وقد بيناه ، ونمنع كون الاحصار موجباً للهدي على الاطلاق ، بل انما هو يوجبه اذا لم يكن قد ساق المحصر هدياً، وهو الجواب عن الاية .

واعلم أن التحقيق هنا أن نقول : الهدي المسوق اما أن يكون واجباً بالنذر وشبهه أو لا، فان كان واجباً افتقر الى هدي التحلل، لان الهدي حق وجب بالاحرام ولادليل على سقوطه ، فيجب الوفاء به . وان كان مندوباً جاز له التحلل به اذا نوى عند الذبح ذلك . ولو ذبحه مندوباً ، افتقر الى آخر للتحلل . هذا في المحصر.

وأما المصدود ، فان أوجبنا عليه هدياً للتحلل ـ وهو المشهور بين الاصحاب ـ كان حكمه حكم المحصر ، وان لم يوجب عليه هدياً له، كما هو مذهب المتأخر عملا باصالة براءة الذمة ، تمسكاً بقوله تعالى « فان أحصرتم فما استيسر من الهدي »[٢] دل بمفهومه على عدم وجوب الهدي على غير المحصر .

والتخصيص بالذكر لايدل على نفي الحكم عما عدا المذكور ،كما بين في أماكنه، لم يجب عليه شيء سوى المسوق، ان كان واجباً بأحد الاسباب الموجبة له.

اذا عرفت هذا ، فهنا بحثان :

الاول : ظاهر كلام المتأخر يقتضي أن هدي القران يخرج عن ملك سائقه بمجرد التقليد أو الاشعار . والمشهور خلاف ذلك ، وأنه لايخرج عن ملكه الا بسوقه الى المنحر ، أو يعينه بالنذر وشبهه .

لنا ـ اصالة بقاء الملك على مالكه ، ترك العمل به في هذه الصور للاجماع فيبقى معمولا به فيما عداه .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥ / ٤٢٢ ـ ٤٢٣ ، ح١١٢ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٦ .

الثاني : ذهب جماعة من علماء التفسير الى أن المراد بالاحصار المذكور في الاية المنع مطلقاً ، سواء كان من عدو ، أو مرض ، أو حصول خوف أو هلاك بوجه من الوجوه ، فعلى هذا يسقط احتجاج المتأخر بالكلية . وهذا القول مروي عن ابن عباس .

قال الشيخ في التبيان : وهو المروي في أخبارنا[١].

فيكون حينئذ بين الصد والحصر عموم مطلق ، اذ كل مصدود محصور، ولا ينعكس كلياً، لصدق المحصور على الممنوع بالمرض من غير صدق المصدود عليه.

قال رحمه الله : ولابدل لهدي التحلل ، فلو عجز عنه وعن ثمنه بقي على احرامه ، ولو تحلل لم يحل .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط[٢]،وعندي فيها اشكال ،ينشأ: من قوله عليه السلام «الاستغفار كفارة العاجز» وهذا عاجز ، ولان في البقاء على الاحرام ضرراً وحرجاً وعسراً ، فيكون منفياً بالايات الدالة عليه .

لايقال : العام يخص للدليل ، والتوصل[٣] موجود هنا ، وهو قوله تعالى «ولاتحلقوا رؤوسكم حتى تبلغ الهدي محله»[٤].

لانا نقول : لادلالة في الاية على أنه لابدل لهدي التحلل ، بل انما يدل على وجوب تأخر الحلق الى حين بلوغ الهدي محله ، وذلك انما يتحقق في حق من أنفذ الهدي فقط دون غيره فاعرفه .

قال رحمه الله : ولو لم يندفع العدو الا بالقتال ــ الى آخره .

---

(١) التبيان ٢/١٥٥ .

(٢) المبسوط ١/٣٣٢ .

(٣) كذا .

(٤) سورة البقرة : ١٩٦ .

أقول : قد مر البحث في هذه المسألة أيضاً ، فلاوجه لاعادته .

قال رحمه الله : والمعتمر اذا تحلل يقضي عمرته ، الى آخره .

اقول : هذا الخلاف مبني على مقدار مايكون بين العمرتين، وسيأتي تحقيقه انشاء الله .

قال رحمه الله : والقارن اذا أحصر فتحلل لم يحج في القابل الا قارناً، وقيل: يأتي بما كان واجباً عليه . وان كان ندباً حج بما شاء من أنواعه ، وان كان الاتيان بما خرج منه أفضل .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، مصيراً الى رواية محمد ابن مسلم عن الباقر عليه السلام ورفاعة عن الصادق عليه السلام أنهما قالا : القارن يحصر وقد قال واشترط فحلني من حيث حبستني ، قال : يبعث بهديه ، قلت : هل يتمتع من قابل ؟ قال : لا ولكن يدخل بمثل ماخرج منه[1].

وقال المتأخر : يحرم بما شاء في المستقبل ، عملا بأصالة براءة الذمة من وجوب البعث ، والحق ماذكره المصنف .

لنا ــ أنه مع وجوب أحد الانواع ، يكون مكلفاً بما هو الواجب عليه ، فلا يجزيه غيره ، واذا لم يجزيه غيره وجب عليه الاتيان به .

قال رحمه الله : الصيد هو الحيوان الممتنع ، وقيل: يشترط أن يكون حلالا.

اقول : معناه حلالا أكله .

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[2] يدل على اعتبار ذلك ، وليس بجيد ، فان الثعلب والارنب والضب صيود وليست مأكولا . والمراد بالممتنع الممتنع بالاصالة .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤٢٣ ، ح١١٤ .

(٢) المبسوط ١/٣٣٨ .

قال رحمه الله : ولاكفارة في قتل السباع ، ماشية كانت أو طائرة ، الا الاسد فان على قاتله كبشاً اذا لم يرده ، على رواية فيها ضعف .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية[١] وتبعه ابن حمزة،وهواختيار علي بن بابوية ، وجعلها في المبسوط[٢] والخلاف[٣] رواية ، والاقوى أنه لاشيء فيه ، وهو اختيار ابن ادريس ، عملا بأصالة البراءة ، ولان ضرره أعظم من ضرر العقرب والحية وشبههما وقد جاز قتلهما ، فيجوز قتله بطريق الاولى .

احتج الشيخ رحمه الله برواية أبي سعيد المكاري قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل قتل أسداً في الحرم ، فقال: عليه كبش يذبحه. قال رحمه الله في التهذيب : تحمل هذه على أنه قتله ولم يرده ، ومتى كان الامر على ذلك لزمته الكفارة[٤] محتجاً على هذاالتأويل بروايات مروية عن الصادق عليه السلام دالة على جوازقتل السباع مع الارادة .

واعلم أن هذه الرواية ضعيفة ،فان في طريقها أبا سعيد ، وهو فاسد العقيدة ، ومع هذا فتحمل على الاستحباب .

قال رحمه الله : وكذا لاكفارة فيما تولد بين وحشي وانسي ، أوبين ما يحل للمحرم ومايحرم ، ولو قيل : يراعى الاسم ، كان حسناً .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في المبسوط[٥]، عملا بأصالة براءة الذمة ، والحق ماقاله المصنف ، وهو مراعاة الاسم ، فان صدق عليه اسم شيء من الصيود المنصوص على تحريم صيدها حرم عملا بالنص ، والا فلا .

---

(١) النهاية ص٢٢٩ .

(٢) المبسوط ١/٣٣٨ .

(٣) الخلاف ١/٤٨٨ مسألة ٢٩٩ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٣٦٦

(٥) المبسوط ١/٣٣٨ .

قال رحمه‌الله: ولابأس بقتل البرغوث ، وفي الزنبورتردد ، والوجه المنع، ولاكفارة في قتله خطأً ، وفي قتله عمداً صدقة ولو بكف من طعام .

اقول :منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط[١] ، ولان العلة المبيحة للقتل ، وهي خوف الضرر موجودة فيه ، فيثبت الحكم ، عملا بالمقتضي .

والالتفات الى رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه‌السلام عن محرم قتل زنبوراً فقال : ان كان خطأً فلاشيء عليه ، قلت : بل عمداً، قال : يطعم شيئاً من الطعام[٢] والمصنف رحمه الله عول على هذه .

فـرع :

لوقتل عضاية كان عليه كف من طعام، قاله في التهذيب ، عملا برواية مروية عن الصادق عليه‌السلام[٣].

قال رحمه الله : ويجوز شراء القماري والدباسي ، واخراجها من مكة على رواية ، ولايجوز قتلها ولا أكلها .

اقول :هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية[٤] والمبسوط[٥]، وأفتى فيها بالجواز على كراهية ، ومنع ابن ادريس ، ولعله أقرب .

لنا ــ العمومات الدالة على تحريم اخراج الصيد من الحرم وهذا صيد ، ويؤيده‌رواية عيص بن القاسم قال: سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن‌شراء القماري يخرج

(١) المبسوط ٣٣٩/١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٦٥/٥ ، ح١٨٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٤/٥ ــ ٣٤٥ .

(٤) النهاية ص٢٢٤ .

(٥) المبسوط ٣٤١/١ .

من مكة والمدينة ، فقال : ماأحب أن يخرج منهما شيء[1].

احتج الشيخ رحمه‌الله بالاصل الدال على الجواز، والاصل يخالف للدليل، وقد بيناه .

قال رحمه الله : في قتل النعامة بدنة ،ومع العجز تقوم البدنة ويفض ثمنها على البر ويتصدق به لكل مسكين مدان ، ولايلزم مازاد على ستين ، وان عجز صام عن كل مدين يوماً ، وان عجز صام ثمانية عشر يوماً .

أقول : هنا مباحث :

الاول : هل هذه الكفارة مرتبة أو مخيرة ، سيأتي فيما بعد .

الثاني :هل يجب تقويم البدنة ويفض ثمنها على الحنطة أم لا ؟ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[2] نعم ،وتبعه ابن البراج وابن ادريس .

وقال أبوالصلاح : فان لم يجد البدنة بقيمتها ، فان لم يجد فض القيمة على البر ،وصام عن كل نصف صاع يوماً .

وقال ابن بابوية وابن أبي عقيل والشيخ المفيد والسيد المرتضى وسلار : فان لم يجد البدنة فاطعام ستين .

والشيخ رحمه‌الله عول على رواية أبي عبيدة عن الصادق عليه‌السلام[3]. وفي معناها رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه‌السلام[4].

واحتج الاخرون بروايات مطلقة دالة على وجوب اطعام ستين مسكيناً عند فقد البدنة ، والمطلق يحمل على المقيد .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٤٩ ، ح١٢٥ .

(٢) المبسوط ١/ ٣٤٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٤١ ، ح٩٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٤٢ ، ح٩٧ .

الثالث : أوجب الشيخ رحمه الله لكل مسكين مدين ، عملابرواية أبي‌عبيدة وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، وأوجب ابن أبي عقيل وعلي بن بابوية لكل مسكين مداً ، عملا بأصالة براءة الذمة من وجوب الزائد ، واستناداً الى رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه‌السلام(١). وأطلق المفيد والسيد المرتضى الامر باطعام الستين .

الرابع : لو نقصت القيمة عن اطعام الستين ، قال الشيخ : لم يلزمه أكثر من القيمة ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، ولم يذكر ذلك باقي الاصحاب والشيخ عول على رواية جميل عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه‌السلام(٢).

الخامس : لو عجز عن قيمة البدنة ، قال الشيخ : صام عن كل نصف صاع يوماً ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، وهو فتوى شيخنا المفيد وعلم الهدى وسلار .

وأوجب ابن أبي عقيل وابن بابوية صوم ثمانية عشر يوماً ، عملا بأصالة البراءة وبرواية أبي بصير عن الصادق عليه‌السلام(٣).

والاصالة تخالف لقيام الدلالة ، والروايات من طرقنا أكثر ، فتكون أرجح مع احتمال وقوع السؤال عمن لايقدر على صوم الستين ، ولان ايجاب الزائد عسر ، والاعسار فيه ينفي الزائد ولااثباته .

والشيخ رحمه الله وأتباعه جعلوها مرتبة رابعة ، وجعل المفيد قدس‌الله روحه والسيدالمرتضى كرم‌الله محله وسلار هذه الكفارة ـ أعني: صوم الشهرين‌والثمانية عشر ـ متتابعة في الصوم ، والشيخ رحمه الله نص على أن التتابع يجب في‌صوم

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٤٣/٥ ، ح١٠٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٤٢/٥ ، ح٩٨ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٢/٥ ، ح٩٩ .

الجزاء .

فـروع :

لو عجز عن صوم الثمانية عشر أصلا ، استغفر الله ولاشيء عليه .

الثاني: لوعجزعن صوم الشهرين وقدرعلى صوم أكثرمن ثمانية عشر، احتمل وجوب المقدور ، لان ايجاب الجميع يستلزم ايجاب كل فرد من أفراده ، وانما سقط البعض للعجز عنه ، وهو منتف هنا .

ويحتمل وجوب الثمانية عشر فحسب ، عملا بأصالة البراءة ، وتمسكاً بظاهر الرواية . وكذا لو عجز عن صوم الثمانية عشر وقدر على صوم بعضها .

الثالث : لو صام شهراً ، ثم تجدد العجز ، احتمل وجوب تسعة ، لان ايجاب الثمانية عشر عند العجز عن الشهرين يقتضي تقسيطها عليها . ويحتمل أن لاشيء.

الرابع : لو قدر على صوم الشهرين متفرقة ، وجب على قولنا . وأما على قول من يوجب التتابع ، فاشكال ينشأ : من صدق العجز ، فينتقل الى صوم ثمانية عشر ، ومن أن وجوب الشهرين متتابعاً قد تضمن الستين ، وسقوط أحدهما ـ وهو التتابع ـ للعجز عنه ، لايستلزم سقوط الاخر لوجود شرطه .

قال رحمه الله: وفي فرخ النعام روايتان ، احداهما مثل مافي النعام، والاخرى من صغار الابل .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية[١] والمبسوط[٢]، تمسكاً بالاحتياط والرواية[٣]، وجعل القول الاخر رواية[٤].

---

(١) النهاية ص٢٢٥ .

(٢) المبسوط ١/٣٤٢ .

(٣ ـ ٤) تهذيب الاحكام ٣٥٥/٥ ـ ٣٥٦ .

والقول الثاني اختاره الشيخ المفيد قدس الله روحه ، والشيخ في مسائل الخلاف[١] وأكثر الاصحاب ، وهو الاقوى .

لنا ـ قوله تعالى «فجزاء مثل ماقتل من النعم»[٢] والمماثلة تقتضى المساواة في الذات والصفات ، والاحتياط معارض بالاصل،والرواية بالاية والرواية فيحمل على الاستحباب .

قال رحمه الله : وفي الثعلب والارنب شاة ، وهو المروي . وقيل : فيه ما في الظبي .

أقول : القول الاول ظاهر كلام ابن أبي عقيل وعلي بن بابوية والصدوق ، وعليه دلت رواية أبي بصيرعن الصادق عليه السلام[٣]. وفي معناها رواية أحمد بن محمد ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام[٤].

والقول الثاني مذهب الشيخين قدس الله روحهما والسيدالمرتضى والمتأخر وأوجب ابن الجنيد في الجميع شاة ، ولم يتعرض للابدال .

ويمكن أن يحتج لهم برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن قوله تعالى «أو عدل ذلك صياماً» قال : عدل الهدي مابلغ يتصدق به ، فان لم يكن عنده ، فليصم بقدر مابلغ لكل طعام مسكين يوماً[٥].

قال رحمه الله: والابدال في الاقسام الثلاثة على التخيير . وقيل : على الترتيب وهو الاظهر .

---

(١) الخلاف ٤٨٨/١ ، مسألة ٢٩٧ .

(٢) سورة المائدة : ٩٥ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٤٣/٥ ، ح١٠١ .

(٤) تهذيب الاحكام ٣٤٣/٥ ، ح١٠٢ .

(٥) تهذيب الاحكام ٣٤٢/٥ ، ح٩٧ .

أقول : القول الاول ذهب اليه المتأخر ، ونقله عن الشيخ في الجمل[١] والخلاف[٢]، تمسكاً بالاية ، فانها دالة على التخيير .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله في النهاية[٣] والمبسوط[٤]، والسيد المرتضى وابن أبي عقيل ، وابن بابوية في المقنع[٥] وأبو الصلاح ، وهو خيرة شيخنا المفيد قدس الله روحه ، وبه روايات .

منها رواية أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام قال : اذا أصاب المحرم الصيد ولم يجد مايكفر من موضعه الذي أصاب فيه الصيد ، قوم جزاءه من النعم دراهم ، ثم قومت الدراهم طعاماً لكل مسكين نصف صاع فان لم يقدر على الاطعام صام لكل نصف صاع يوماً[٦].

وأجاب المرتضى عن الاية بأنه يجوز العدول عن ظاهر القرآن للدليل، كما في قوله تعالى «مثنى وثلاث ورباع»[٧] والاول أولى ، والثاني أحوط .

قال رحمه الله : في كسر بيض النعام اذا تحرك فيه الفرخ لكل بيضة بكارة من الابل لكل واحدة واحد .

اقول : المراد هنا بالبكارة جمع بكر ، وهو الفتى من الابل ، ويستعمل في غيره مجازاً ، ويقال للانثى : بكرة ويجمع أيضاً على بكار كفرخ وفراخ .

قال أبو عبيدة: البكر من الابل بمنزلة الفتى من الناس ، والبكرة بمنزلة الفتاة

---

(١) الجمل والعقود ص٢٢٩ .

(٢) الخلاف ١/٤٨٢ مسألة ٢٦٨ .

(٣) النهاية ص٢٢٢ .

(٤) المبسوط ١/٣٣٩ .

(٥) المقنع ص٧٨ .

(٦) تهذيب الاحكام ٥/٣٤١ - ٣٤٢ .

(٧) سورة النساء : ٣ .

والقلوص بمنزلة الجارية ، والبعير بمنزلة الانسان ، والحمل بمنزلة الرجل،والناقة بمنزلة المرأة ، وتستعمل في الفلة على أبكر .

قال رحمه الله : في كسر بيض القطا والقبج اذا تحرك الفرخ من صغار الغنم وقيل : عن البيض مخاض من الغنم .

اقول : الاول ظاهر كلام ابن البراج وابن حمزة ، وهو المختار .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ وابن ادريس ، والمراد بالمخاض هنا مامن شأنه أن يكون ماخضاً ، أعني : حاملا .

لنا ـ مارواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : في كتاب علي عليه السلام في بيض القطاة بكارة من الغنم اذا أصابه المحرم مثل مافي بيض النعام بكارة من الابل[1]. وقد بينا أن البكارة جمع بكر، وشرحناه مستوفى ، ولان الصغير من الغنم مماثل لما قيل ، فتكون الاية دالة عليه .

احتجا برواية سليمان بن خالد قال: سألته عن رجل وطيء بيض قطاة فشدخه قال : يرسل الفحل في عدد البيض من الغنم ،كما يرسل الفحل في عدد البيض من الابل ، ومن أصاب بيضة فعليه مخاض من الغنم .

قال الشيخ في التهذيب : قوله عليه السلام «ومن أصاب بيضة فعليه مخاض من الغنم» لا ينافي الاخبار الاولة ، لانه انما يلزمه المخاض عيناً مع التحرك[2] . وعنى بالاخبار هذا .

التأويل ضعيف جداً ، اذ من المستبعد أن يكون في القطاة حمل ، وفي بيضها مع تحرك الفرخ مخاض . والاولى اطراح هذه الرواية لوجوه :

أحدها : أن الخبر مرسل ، اذ لم يسنده الى امام .

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٥٥/٥ ، ح١٤٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٥٧/٥ .

وثانيها : أنه ذكر أن في البيضة مخاض ، أو لعله لايريد بيض القطاة بل بيضة النعام ، لان الكلام مطلق ، وهذا الوجه ذكره شيخنا نجم الدين في النكت وليس من الصواب .

وثالثها : أنه معارض بالرواية التي تلوناها .

قال رحمه الله : وقبل التحرك ارسال فحولة الغنم في اناث منها بعدد البيض فما نتج فهو هدي ، فان عجز كان كمن كسر بيض النعام .

اقول : هذه العبارة أوردها الشيخ رحمه الله ، اتباعاً لشيخنا المفيد قدس الله روحه .

قال المتأخر رحمه الله : معناه أن النعام اذا كسر بيضة فيعذر الارسال ،وجب في كل بيضة شاة . وكذا بيض القطا مع تعذر الارسال ، فهذا وجه المشابهة بينهما فصار حكمه حكمه . ولايمتنع ذلك اذا قام عليه دليل .

وقال ابن حمزة : ان تعذر الارسال تصدق عن كل بيضة قطاة بدرهم . والحق وجوب قيمة البيض مع تعذر الارسال .

لنا ــ وقوع الاجماع على أن كسر البيض موجب للكفارة ، و التقدير تحكم فوجب القول بالقيمة .

واعلم أن الذي ورد فيهذا الباب من الاحاديث قاصرة عن افادة المطلوب فلا يصح التمسك بها .

قال رحمه الله: الحمام اسم لكل طائر يهدر ويعب الماء، وقيل :كل مطوق.

اقول : قال صاحب الصحاح: الحمام عند العرب ذوات الاطواق ، من نحو الفواخت والقماري وساق حر والقطا والوراشين وأشباه ذلك ، يقع على الذكر والانثى ، لان الهاء انما دخلته على أنه واحد من جنس ، لاللتأنيث . وعند العامة

أنها الدواجن فقط[١].

وأما التفسير الاول، فقد ذكره الشيخ في المبسوط، قال: والعب شرب الماء دفعة واحدة من غير أن يقطعه، والهدر تواصل الصوت[٢].

قال رحمه الله: وفي قتل الجرادة، تمرة، والاظهر كف من طعام.

اقول: القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[٣]، وتبعه ابن البراج وابن حمزة وأكثر الاصحاب، وخير في المبسوط[٤] بينها وبين كف من طعام، وأوجب علم الهدى كف الطعام فقط، اتباعاً لشيخه المفيد قدس الله روحه، وتبعهما سلار وهو اختيار ابن أبي عقيل.

واعلم أن الاحاديث واردة بالتقديرين معاً، وانما كان الاظهر كفاً من طعام، لانه أعود للفقراء، والاقرب عندي التخيير.

قال رحمه الله: كل مالا تقدير لفديته ففي قتله قيمته. وكذا القول في البيوض. وقيل: في البطة والاوزة والكركي شاة، وهو تحكم.

اقول: هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط[٥]، عملا بالاحتياط، اذ هو الغالب في القيمة، فمع اعتماده تحصل البراءة قطعاً، قال رحمه الله: ولو قلنا فيه القيمة اذ لانص فيه كان جائزاً. وأوجبها ابن حمزة في البطة والاوزة، وجعلها في الكركي رواية.

وأوجب ابن بابوية الشاة في كل طير خلا النعامة عملا برواية ابن سنان عن

---

(١) صحاح اللغة ٥/١٩٠٦.

(٢) المبسوط ١/٣٤٦.

(٣) النهاية ص٢٢٨.

(٤) المبسوط ١/٣٤٨.

(٥) المبسوط ١/٣٤٦.

الصادق عليه السلام أنه قال في محرم ذبح طيراً : ان عليه دم شاة يهريقه[١].

والاقوى عندي العمل بالرواية ، وقول المصنف وهو تحكم ليس بجيد ، لوجود النص الدال عليه .

قال رحمه الله: لوقتل صيداً معيباً فداه بصحيح، ولوفداه بمثله جاز.

اقول: ظاهر كلام أبي علي وجوب الافتداء بالصحيح ، وليس بجيد .

لنا ــ الاية . أحتج بأنه أحوط ، وهومعارض بالاية والاصالة .

قال رحمه الله : قتل الصيد موجب لفديته ، فان أكله لزمه فداء آخر . وقيل يفدي ويضمن قيمة ماأكل ، وهو الوجه .

اقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية[٢]والمبسوط[٣]، عملا برواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام[٤]. وفي معناها رواية عن الصادق عليه السلام[٥].

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ في الخلاف[٦]، ونقله المتأخر عن بعض الاصحاب ، وهوالوجه عندالمصنف ، عملا بأصالة البراءة . وتحمل الروايتان[٧] على الاستحباب ، جمعاً بين الادلة أو على بلوغ قيمة المأكول شاة .

قال رحمه الله : ولو جرح الصيد ، ثم رآه سوياً ، ضمن أرشه . وقيل : ربع القيمة .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٤٦ ، ح١١٤ .

(٢) النهاية ص٢٢٦ .

(٣) المبسوط ١/٣٤٤ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/٣٥١ ، ح١٣٤ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥/٣٥٢ ، ح١٣٨ .

(٦) الخلاف ١/٤٨٤ ، مسألة ٢٧٤ .

(٧) في هامش «س» عن نسخة : الروايات .

اقول : القول الاول ظاهر كلام الشيخ قدس الله روحه ، وهو الاولى[1]. ومنعه أبو الصلاح ، وهو اختيار أبي علي ، والثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وتبعه ابن البراج والمتأخر .

واعلم أن الروايات الدالة على ربع الفداء انما وردت في كسر رجل الصيد أو يده بشرط رؤيته سوياً ، فالشيخ رحمه الله سوى بين الكسر والجرح وهو بعيد.

قال رحمه الله : وروي في كسر قرني الغزال نصف قيمته ، وفي كل واحد ربع القيمة ، وفي عينيه كمال قيمته ، وفي كسر احدى يديه نصف قيمته . وكذا في كسر احدى رجليه ، وفي الرواية ضعف .

اقول : هذه الرواية رواها سماعة عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام[2]. وسماعة واقفي، فلذلك كانت الرواية ضعيفة، والشيخ رحمه الله عمل بها، والاقرب وجوب الارش ، وهو ظاهر كلام الشيخ المفيد قدس الله روحه وعلي بن بابوية وسلار .

قال رحمه الله : ولا كذا لو صاده . الهاء راجعة الى المحرم .

قال رحمه الله : من أغلق على حمام من حمام الحرم و[له] فراخ وبيض ، ضمن بالاغلاق . فان زال السبب وأرسلها سليمة سقط الضمان ، ولو هلكت ضمن الحمامة بشاة ، والفرخ بحمل ، والبيضة بدرهم ان كان محرماً ، وان كان محلا ، ففي الحمامة درهم ، وفي الفرخ نصف ، وفي البيضة ربع .

وقيل : يستقر الضمان بنفس الاغلاق ، لظاهر الرواية ، والاول أشبه .

أقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، وهو الحق .

لنا ـ أصل البراءة، ترك العمل به في صورة التلف ، فيبقى معمولا به فيما عداه.

(١) في «س» : الاقوى .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٨٧ ، ح٢٦٧ .

والقول الثاني منقول عن بعض الاصحاب ، وربماكان مستنده ظاهر الروايات فانها وردت مشتملة على ايجاب الجزاء مطلقة غيرمقيدة ، وهي محمولة على التلف لاستبعاد ايجاب جزاء الاتلاف في الاغلاق مع السلامة .

نعم لو أغلق ولم يعلم حاله بعد الاغلاق ، وجب الفداء كملا ،كما لو رمى الصيد وأصابه ولم يعلم أثر فيه أم لا ، لانه فعل مظنة الاتلاف .

قال رحمه الله : قيل : اذا نفر حمام الحرم ، فان عاد فعليه شاة واحدة ، وان لم يعد فعن كل حمامة شاة .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في التهذيب : هذاالقول ذكره علي بن الحسين ابن بابوية رحمه الله في رسالته ، ولم أجد حديثاً مسنداً[1].

ولذلك قال المصنف رحمه الله «قيل» لكن أكثر الاصحاب أفتوا به .

وقال أبوعلي : من نفر طيور الحرم كان عليه عن كل طير ربع قيمته .

قال شيخنا في مسائل خلافه : والظاهر أن مقصوده مع الرجوع ، اذ مع عدمه يكون كالمتلف ، فيجب عليه لكل واحدة شاة .

فرعان :

الاول : لو عاد بعض حمام الحرم ولم يعد البعض الاخر ، وجب عن العائد شاة واحدة ، وعن غير العائد لكل واحد شاة ، لان الحمام اسم جنس يصدق على البعض الذي في الحرم وعلى الجميع .

الثاني : لولم يكن في الحرم الا حمامة واحدة ، فنفرها ثم رجعت لم يكن عليه شيء ، والاحوط التصدق بشيء .

ولولم يعد فاشكال ، ينشأ : من أن الحمام اسم جنس ، فيصدق عليه أنه نفر

(١) تهذيب الاحكام ٥/ ٣٥٠ ، ح١٣٠ .

حمام الحرم ، فتجب الشاة .

ومن أن المتبادر الى الذهن عرفاً عند اطلاق هذه اللفظة انما هو مازاد على الواحدة من[١] هذا الجنس ، اذ لايقال قد أكل تمراً لمن أكل تمرة واحدة ، فلا يجب شيء مع تنفر الواحدة . لعدم صدق هذا الاسم عليه ، وهو أولى .

قال رحمه الله : اذا رمى اثنان صيداً ــ الى آخره .

أقول : قد نازع المتأخر في هذه المسألة ولم يوجب على المخطىء شيئاً الا أن يدل على الصيد فيقتل ، فيجب الفداء لاجل الدلالة لا للرماية .

وليس بجيد . أما أولا ، فلدلالة الروايتين المرويتين عن الباقر والصادق عليهما السلام[٢] . وأما ثانياً ، فلان اعانة الرامي أعظم من اعانة الدال ، واذا كانت هذه موجبة للفداء كانت تلك موجبة له بطريق الاولى ، وهو قد سلم وجوب الفداء على الدال .

قال رحمه الله : يحرم من الصيد على المحل في الحرم مايحرم على المحرم في الحل ، فمن قتل صيداً في الحرم كان عليه فداؤه .

أقول : هذه العبارة أوردها الشيخ رحمه الله ، اتباعاً للمفيد ، وتبعهما المصنف.

والمراد بالفداء هنا القيمة ، اذ المحل في الحرم انما يجب عليه القيمة فقط وان كان يجري في بعض عبارات الشيخ رحمه الله أن من ذبح صيداً في الحرم وهو محل كان عليه دم لاغير ، وتابعه على هذه العبارة المتأخر ، وأبو الصلاح سوى بين المحرم في الحل وبين المحل في الحرم ، وجعل عليهما الفداء .

قال رحمه الله: ولو اشترك جماعة في قتله ، فعلى كل واحد فداء ، وفيه تردد.

اقول : المراد بالفداء هنا القيمة كما تقدم .

---

(١) في «س» : مع .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٥١/٥ ــ ٣٥٢ .

وأما منشأ التردد ، فالنظر الى اصالة البراءة ، ترك العمل بها في صورة قتل الجماعة المحرمين للصيد ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، فيجب فداء واحد على الجميع .

والالتفات الى مشاركة الجماعة المحلين للمحرمين في العلة ، وهي الاقدام على قتل الصيد المحرم قتله ، فيجب على كل واحد القيمة ، والقولان للشيخ رحمه الله في المبسوط[1] ، لكن الاول أقوى ، وهو الذي قواه الشيخ .

ولو كان بعضهم محرمين والبعض الاخر محلين ، وجب على المحرمين الفداء والقيمة وعلى المحلين في الحرم القيمة : اما قيمة واحدة ، أوعلى كل واحد قيمة كما بيناه .

قال رحمه‌الله : وهل يحرم الصيد وهو يؤم الحرم ؟ قيل : نعم . وقيل: يكره وهو الاشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه‌الله ، عملا بالاحتياط ، واستناداً الى النقل .

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر اتباعاً للصدوق ، وهو الحق ، عملا بالاصل واستناداً الى رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه‌السلام في الرجل يرمي الصيد وهو يؤم الحرم ، ويصيبه الرمية ويتحامل حتى يدخل الحرم فيموت فيه ، قال: ليس عليه شيء ، انما هو بمنزلة رجل نصب شبكة في الحل فوقع فيها صيد فاضطرب حتى دخل الحرم فمات فيه، قلت : هذا قياس ، قال : لا انما شبهت لك شيئاً بشيء[2].

والاحتياط معارض بالاصل ، وتحمل الروايات على الاستحباب ، ومع هذا فهي قابلة للتأويل .

---

(١) المبسوط ١/٣٤٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٦٠ ، ح١٦٥ .

قال رحمه الله : لكن لوأصابه ودخل الحرم فمات ضمنه ، وفيه تردد .

اقول : هذه المسألة مبنية علي المسألة السابقة ، فكل من حرم صيده آماً أوجب فيه الفداء ، وكل من سوغه لم يوجب فيه شيئاً .

قال رحمهالله : ويكره الاصطياد بين البريد والحرم على الاشبه ، فلوأصاب صيداً فيه ففقأ عينه أوكسر قرنه كان عليه صدقة استحباباً .

اقول: البريد أربعة فراسخ، والتحريم ذهب اليه الشيخان قدسالله روحهما عملا برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: اذاكنت محلا في الحل ، فقتلت صيداً فيمابينك وبين البريد الى الحرم ، فان عليك جزاؤه ، فان فقأت عينه أوكسرت قرنه تصدقت بصدقة[1].

ونحن نمنع هذه الرواية ، لانها مخصصة لعموم الاحاديث الدالة على اباحة الصيد ، ولانتفاء السبب المانع ، وهو الاحرام أوالحرم ، ويمكن حملها على الاستحباب .

قال رحمه الله: وهل يجوز صيد حمام الحرم وهو في الحل للمحل ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أحوط .

أقول: القولان للشيخ رحمه الله، لكن الاول[2] أولى . أما أولا، فلرواية علي ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام في حمام الحرم يصاد في الحل ، قال : لايصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم أنه من حمام الحرم[3].

وأما ثانياً، فلان للحرم حرمة ليست لغيره، يناسب تحريم الملتجىء اليه وان خرج عنه .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٦١ ح١٦٨ .

(٢) في هامش « س »: الاول الذى فيالشرح لايناسب أول الماتن . وكذا الثانى لايناسب الثانى ، فحينئذ المناسب تعاكس الاول والثانى .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٤٨، ح١٢٢ .

وأما ثالثاً ، فلانه أحوط ، اذ مع اعتماده تحصل براءة الذمة قطعاً ، بخلاف ما لو لم يعتمده .

والثاني مستنده التمسك بالاصل ، وهو اختيار المتأخر .

قال رحمه الله : ولايدخل في ملك المحرم شيء من الصيد على الاشبه . وقيل : يدخل وعليه ارساله ان كان حاضراً معه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا انتقل الصيد اليه بالميراث لايملكه، ويكون باقياً على ملك الميت الى أن يحل، فاذا أحل ملكه، قال : ويقوى في نفسي أنه اذا كان حاضراً معه ، فانه ينتقل اليه ويزول ملكه عنه ، وان كان في بلده بقي في ملكه[1].

والحق أنه لاينتقل اليه شيء ، بل يبقى على ملك الميت الى حين الاحلال .

لنا - قوله تعالى « وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً »[2] والاستدلال بهذه الاية يتوقف على مقدمتين :

الاولى: أن المراد بالصيد هنا المصيد والاصطياد ، وهو الظاهر من كلام أهل المصير . وقال شيخنا أبو جعفر في التبيان : الصيد يعبر به عن الاصطياد ، فيكون مصدراً، ويعبر به عن الصيد فيكون اسماً. ويجب أن تحمل الاية على تحريم الجميع[3].

الثانية: أن التحريم والتحليل[4] المضافين الى الاعيان لايقتضي الاجمال، خلافاً للكرخي، بل يفيد بحسب العرف تحريم الفعل المطلوب من تلك الذات، فيفهم من قوله « حرم عليكم صيد البر » تحريم جميع أنواع التصرف الممكنة فيه من البيع

---

(١) المبسوط ٣٤٧/١ .

(٢) سورة المائدة : ٩٦ .

(٣) التبيان ٢٩/٤ .

(٤) في هامش «س» عن نسخة : والتمليك .

والايتياع والهبة والاتهاب وماأشبه ذلك ، والدليل عليه وجوه :

الاول : أن السابق الى الفهم من قول القائل «هذا طعام حرام» تحريم أكله ومن قولهم «هذه امرأة حرام» تحريم وطأها، وسبق المعنى الى الذهن دليل الحقيقة، فيحمل عليه عند الاطلاق .

الثاني: أن النبي عليه السلام قال: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ، فحملوها وباعوها[1] . فدل على أن تحريم الشحم أفاد تحريم جميع أنواع التصرف ، والا لم يتوجه الذم على البيع .

الثالث: المفهوم من قولنا «فلان يملك الدار» قدرته على التصرف فيها بالسكنى والاسكان والبيع . ومن قولنا « يملك » قدرته على التصرف فيهابالوطىء والبيع والاستخدام وماشاكل ذلك واذا جاز أن تختلف فائدة الملك باختلاف المضاف اليه ، جاز مثله في التحليل والتحريم .

احتج الكرخي بأن هذه الاعيان غيرمقدورة لنالوكانت معدومة، اذ لاقدرة لناعلى خلق الذوات، فكيف اذاكانت موجودة؟ لاستحالة تحصيل الحاصل، فاذن لايمكن اجراء اللفظ على ظاهره ، فالمراد تحريم فعل من الافعال المتعلقة بتلك الاعيان ، وذلك الفعل غير مذكور . وليس اضمار بعض الافعال أولى من البعض الاخر . فاما أن يضمر الجميع، وهو باطل، اذ لاحاجة اليه، أولا يضمر شيء، وهو المطلوب.

والجواب : لانزاع في عدم امكان اضافة التحريم الى الاعيان ، ولكن قوله « ليس اضمار البعض أولى من البعض » ممنوع ، فان العرف يقتضي اضافة التحريم الى الفعل المطلوب منه .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة ، لكونها من المهمات .

---

(١) راجع عوالي اللئالي ١/ ١٨١ و٢٣٣ و٣٩٦ و٢/ ١١٠ و٢٤٣ و٣٢٨ و٣/ ٤٧٢ .

بقى هنا شيء ، وهو أن المحل في الحرم هل يملك شيئاً من الصيد؟ فنقول : لما ثبت أن المحل يجب عليه ارسال مايدخله من الصيد الى الحرم ، فهل يدخل في ملكه وهوفي الحرم شيء من الصيود؟ الوجه أنه يدخل ، اذ لامنافاة بين التملك والارسال .

ويحتمل أن يقال : مع وجوب الارسال لاتظهر للملك فائدة ، فلا يدخل في ملكه ، وهـو ضعيف ، اذ عدم الفائدة لاتمنع من التملك ، كما في العمودين ، والمحرمات عليه لشيئاً ، فانهن يدخلن في ملكه مع عدم الفائدة لابعتاقهن[1] بنفس الدخول .

والوجه أن يقال : يدخل في ملكه ان كان الصيد ثابتاً عنه ، ولايدخل ان كان حاضراً ، كما في المحرم . وعلى هذا تظهر للتملك فائدة، اذ لايجب ارسال الصيد النائي عنه .

وقال صاحب كشف الرموز : وذهب الشيخ في الشرائع[2] الى أنه لايملك وهوضعيف ، وأظنه اعتقد أن الضمير في قوله « يملكه » عائد الى المحل، فلذلك جعل المسألـة راجعة الى المحل . وماقالـه محتمل ، لكن الشيخ رحمه الله في المبسوط[3] لم يذكر سوى المسألة السابقة، واياه عنى بقوله « وقيل : يدخل وعليه ارساله ان كان حاضراً معه » .

قال رحمه الله : وكلما تكرر الصيد من المحرم نسياناً ، وجب عليه ضمانه ولو تعمد وجبت الكفارة أو لا ، ثم لاتتكرر ، وهـو ممن ينتقم الله منه . وقيل : تتكرر . والاول أشبه .

---

(١) لم تقرأ في النسختين مع علامة الاستفهام على الكلمة في «س» .

(٢) كذا في «م» وهامش «س» عن نسخة ، وفي «س» : الرائع .

(٣) المبسوط ١/٣٤٣ .

الاول : لاخلاف في وجوبها مع تكرر الصيد خطأً ونسياناً . وانما الخلاف في تكررها مع تكرره عمداً ، فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[١] والخلاف[٢] الى تكررها مع تكرره . وبه قال المتأخر، وهو ظاهر كلام السيد المرتضى وابن الجنيد وأبي الصلاح وعلي بن بابوية .

وقال في النهاية : لاتتكرر الكفارة مع تكرره عمداً ، وهو ممن ينتقم الله منه[٣]. واختاره الصدوق في من لايحضره الفقيه[٤] والمقنع[٥]، وتبعهما ابن البراج والاقرب الاول .

لنا ـ قوله « فمن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم »[٦] وهو كما يتناول الاول يتناول الثاني والثالث وهلم جرا . ومارواه معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام في المحرم يصيب الصيد قال : عليه الكفارة كلما أصاب[٧]. وفي معناها رواية الحسين بن سعيد[٨].

احتجوا بقوله تعالى « ومن عاد فينتقم الله منه » جعل مجازاة العود الانتقام، فتسقط الكفارة، عملا بأصل البراءة وبرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: المحرم اذا قتل الصيد فعليه جزاؤه ، ويتصدق بالجزاء على مسكين ، فان عاد فقتل صيداً

---

(١) المبسوط ١ / ٣٤٢ .
(٢) الخلاف ١ / ٤٨٠ مسألة ٢٥٩ .
(٣) النهاية ص ٢٢٦ .
(٤) من لايحضره الفقيه ٢ / ٣٦٩ ـ ٣٧٠ .
(٥) المقنع ص ٧٩ .
(٦) سورة المائدة : ٩٥ .
(٧) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٧٢ ، ح ٢٠٨ .
(٨) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٧٢ ، ح ٢٠٩ .

آخر لم يكن عليه جزاؤه وينتقم الله منه ، والنقمة في الاخرة[١].

وفي معناها رواية ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام[٢].

ولاتنافي بين الانتقام ووجوب الجزاء ، اذ لااستبعاد في الجمع بينهما مع العود عمداً يغطى الذنب، ومع امكان الجمع كيف يحصل التنافي، واصالةالبراءة تخالف للدلالة ، والروايتان قابلتان للتأويل .

قال رحمه الله : ولايدخل الصيد في ملك المحرم باصطياد ولاابتياع ولا هبة ولاميراث . هذا اذا كان عنده ، ولوكان في بلده فيه تردد ، والاشبه أنه يملك.

اقول : منشؤه : النظر الىفتوى الشيخ رحمه الله، والتمسك بالاصل الدال على جواز التملك فيدخل .

والالتفات الىقوله « وحرم عليكم صيد البرمادمتم حرماً »[٣] فلايدخل،وهو أحوط .

قال رحمه الله : وفي الاستمناء بدنة ، وهل يفسد الحج ويجب القضاء ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية[٤] والمبسوط : من عبث بذكره حتى أمنى كان حكمه حكم من جامع على السواء ، في اعتبار ذلك قبل الوقوف بالمشعر ، في أنه يلزمه الحج من قابل ، وان كان بعد ذلك لم يلزمه سوى الكفارة[٥].

وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، عملا برواية اسحاق بنعمار عنأبيالحسن

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٧٢ ، ح١٠٢١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٧٢ — ٣٧٣ .

(٣) سورة المائدة : ٩٦ .

(٤) النهاية ص٢٣١ .

(٥) المبسوط ١/٣٣٧ .

عليه السلام قال قلت : ماتقول في محرم عبث بذكره فأمنى ؟ قال: أرى عليه مثل ماعلى من أتى أهله وهو محرم بدنة والحج من قابل[١]. ولانه أحوط .

واقتصر أبو الصلاح على وجوب البدنة، واختاره المتأخر، ونقله عن الشيخ في الاستبصار[٢] والخلاف ، ولعله الاقرب .

لنا ـ اصالة براءة الذمة تنفي وجوب الكفارة وايجاب القضاء ، ترك العمل بها في صورة الجماع للاجماع ، وفي ايجاب الكفارة في هذه الصورة لرواية عبدالرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المحرم يعبث بأهله وهو محرم حتى يمنى من غير جماع ، أو يفعل ذلك في شهر رمضان ، ماذا عليهما ؟ فقال: عليهما الكفارة مثل ماعلى الذي يجامع[٣]. والرواية محمولة على الاستحباب.

قال رحمه الله : واذا طاف المحرم من طواف النساء خمسة أشواط ثم واقع ، لم يلزمه الكفارة وبنى على طوافه . وقيل: يكفي في ذلك مجاوزة النصف والاول مروي .

اقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله، عملا باصالة البراءة ، ولانه مع تجاوز النصف يكون قد أتى بالاكثر ، فيكون حكمه حكم من أتى بالجميع .

وقال المتأخر : أما اعتبار مجاوزة النصف في صحة الطواف والبناء عليه ، فصحيح . وأما سقوط الكفارة ، ففيه نظر ، اذ الاجماع حاصل على أن من جامع قبل طواف النساء وجبت عليه الكفارة، وهذا جامع قبل طواف النساء، والاحتياط يقتضي ايجاب الكفارة .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٣٢٤ ، ح٢٦ .

(٢) الاستبصار ٢/١٩١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٢٤ ، ح٢٧ .

واعلم أن الرواية المروية عن الباقر عليه السلام[1] التي هي هذا الحكم ، يدل على اعتبار الخمسة دون ماعداها .

لايقال : رواية أبي بصير[2] يدل على ذلك .

لانا نقول : تلك مطلقة وهذه مقيدة ، والمطلق يحمل على المقيد ، لكن تقييد الافساد بالثلاثة يقتضي عدمه بدونها ، والا لم يكن للتخصيص فائدة .

قال رحمه الله : واذا عقد المحرم لمحرم على امرأة ودخل [بها] المحرم فعلى كل منهما كفارة . وكذا لو كان العاقد محلا على رواية سماعة .

اقول : هذه الرواية رواها سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام قال : لاينبغي للرجل الحلال أن يزوج محرماً وهو يعلم أنه لايحل له ، قلت : فان فعل فدخل بها المحرم ، قال : ان كانا عالمين كان على كل واحد منهما بدنة ، وعلى المرأة ان كانت محرمة بدنة ، وان لم تكن محرمة، فلاشيء عليها ، الا أن تكون قدعلمت أن الذي تزوجها محرم ، فان كانت قد علمت ثم تزوجته فعليها بدنة[3].

والاقرب سقوط الكفارة عن العاقد المحل ، عملا باصالة البراءة،واستضعافاً للرواية ، اذ في طريقها سماعة وهو واقفي . نعم يكون مأثوماً ، لمساعدته المحرم على مالايسوغ . وكذا لاشيء على المرأة اذا كانت محلة ، سواء كانت عالمة باحرامه أو جاهلة .

قال رحمه الله : ومن جامع في احرام العمرة قبل السعي فسدت عمرته وعليه بدنه وقضاؤها .

أقول : العمرة اما مفردة أو متمتع بها الى الحج ، والمراد هنا الاولى.أما

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٢٣/٥ ، ح٢٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٢٥/٥ ، ح٢٨ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٣١/٥ ، ح٥١ .

المتمتع بها ، فالاقوى أن حكمها حكم المفردة ، لتساويها في أكثر الاحكام .

ويحتمل بطلان العمرة والحج معاً . لقوله عليه السلام « دخلت العمرة في الحج هكذا »[١] وشبك بين أصابعه، فحينئذ يجب اكمال العمرة والاتيان بالحج عقيبها وقضاؤهما في القابل ، وهو ظاهر كلام أبي الصلاح .

وينبغي أن يزاد في المتن : ووجب اكمالها .

قال رحمه الله : حلق الشعر وفيه شاة ، أو اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد . وقيل : ستة لكل مسكين مدان .

أقول : الاخير هو الاقوى ، لانه أحوط ، ولدلالة الروايتين المرويتين عن الصادق عليه السلام[٢]، والرواية الاخرى المروية عنه عليه السلام[٣] محمولة على ذلك ، اذ الغالب أن الاقل لايشبع الا نادراً .

قال رحمه الله : في قلع شجر الحرم . وفي الكبيرة بقرة وان كان محلا ، وفي الصغيرة شاة ، وفي أبعاضها قيمة ، وعندي في الجميع تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة البراءة ، فينتفي وجوب الكفارة . نعم يكون مأثوماً ، لانه فعل فعلا منهياً عنه .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤].

وقال في النهاية[٥] والتهذيب: في قلع الشجرة بقرة وأطلق عملا برواية موسى ابن القاسم قال : وروى أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام أنه قال : اذا كان في دار

---

(١) سنن ابن ماجة ٢/١٠٢٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٣٣ ، ح٦٠ و٦١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٥/٣٣٤ ، ح٦٢ .

(٤) المبسوط ١/٣٥٤ .

(٥) النهاية ص٢٣٤ .

الرجل شجرة من شجر الحرم لم ينزع ، فان أراد نزعها نزعها وكفر بذبح بقرة يتصدق بلحمها على المساكين[١]. وهذه مرسلة ، فلايصح التمسك بها .

والاقوى وجوب القيمة، وهو اختيارأبيعلي ابن‌الجنيد ، وشيخنا دام ظله‌في المختلف[٢]، وعليه دلت رواية سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام[٣].

قال رحمه الله : ولو قلع شجرة منه أعادها، ولو جفت قيل : يلزمه‌ضمانها.

أقول : قال الشيخ رحمه الله فيالمبسوط : من قلع شجرة من شجرالحرم وغرسها في غيره ، فعليه أن يردها الى مكانها ، فاذا فعل ، فان عادت الى ماكانت أولا فلاشيء عليه ، وان جفت لزمه ضمانها[٤].

واعلم أن هذا الفرع مبني على المسألة الاولى ، فان أوجبنا الكفارة بالقلع وجبت هنا ، لانها كالمقلوعة ، مع احتمال ماقاله الشيخ ،ويحتمل الارش ضعيفاً .

قال رحمه الله : ومن استعمل دهناً طيباً في احرامه ، ولو فيحال الضرورة كان عليه شاة على قول . وكذا قيل في من قلع ضرسه ، وفي الجميع تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة براءة الذمة .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله في النهاية[٥] والخلاف[٦]، واختاره المتأخر . وقال في الجمل : انه مكروه[٧]. وهو أقوى .

---

(١) تهذيب الاحكام ٣٨١/٥ ، ح٢٤٤ .

(٢) المختلف ص١١٦ - ١١٧ من كتاب الحج .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٧٩/٥ - ٣٨٠ .

(٤) المبسوط ٣٥٤/١ .

(٥) النهاية ص٢٣٥ .

(٦) الخلاف ٤٣٨/١ .

(٧) الجمل والعقود ص٢٢٩ .

وأما الكفارة في قلع الضرس ، فشيء انفرد به الشيخ في النهاية[١]، مصيراً الى رواية محمد بن عيسى عن عدة من أصحابنا ، عن رجل من أهل خراسان أن مسألة وقعت في الموسم لم يكن عند مواليه فيها شيء ، محرم قلع ضرسه ، فكتب عليه السلام : يهريق دماً[٢].

وهي مجهولة السائل والمسؤول، ومشتملة على المكاتبة أيضاً، فلا اعتماد عليها.

قال رحمه الله : تسقط الكفارة عن الجاهل والناسي والمجنون الا في الصيد فان الكفارة تلزم وان كان سهواً .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب . وقال ابن أبي عقيل : قد قيل في الصيد ان من قتله ناسياً فلاشيء .

قال رحمه الله : ويكره أن يأتي بعمرتين بينهما أقل من عشرة أيام . وقيل : يحرم . والاول أشبه .

أقول : للاصحاب في هذه أقوال أربعة :

الاول : قال في النهاية : لا يصح الاتباع بين العمرتين الا بعد مضي شهر يتخللهما[٣].

الثاني : قال في الجمل : أقل مايكون بين العمرتين عشرة أيام[٤]. مصيراً الى رواية يونس عن علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام قال : ولكل شهر عمرة قال فقلت : كم يكون أقل ؟ قال : يكون لكل عشرة أيام عمرة[٥]. ذكرها الشيخ في كتابي الاخبار .

---

(١) النهاية ص٢٣٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ٥/٣٨٥ ، ح٢٥٧ .

(٣) النهاية ص٢٨٠ .

(٤) الجمل والعقود ص٢٣٩ .

(٥) تهذيب الاحكام ٥/٤٣٥ ، ح١٥٤ .

الثالث : قال ابن أبي عقيل : أقل مايكون سنة ، تمسكاً برواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : لايكون في السنة عمرتان[1]. وحملها الشيخ على العمرة المتمتع بها ، وهو حسن .

الرابع : عدم التقدير ، بل يصح أن يأتي كل يوم بعمرة مع الامكان ، وهو اختيار علم الهدى قدس الله روحه والمتأخر .

لنا ــ أن العمرة عبادة مشروعة ، وذكر مطلوب للشارع ، والتقدير منفي بالأصل ، والروايتان لاتدلان على تحريم التتابع ، فوجب القول بجوازها بالتوالي ولأن عمومات القرآن دالة على ذلك .

---

(١) تهذيب الاحكام ٥/٤٣٥ ، ح١٥٨ .

فصل

(فى ايضاح الترددات المذكورة فى كتاب الجهاد)

قال رحمه الله : ولو كان عليه دين حال وهو معسر قيل : له منعه، وهو بعيد.

اقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، وليس بجيد .

لنا ـ أنه معسر ، فتسقط سلطنة المدين عنه حتى اليسار ، عملا بالاية . وما ذكره الشيخ بناء على أن المدين المعسر يجوز لصاحب الدين مؤاجرته.وسيأتي تحقيقه فيما بعد انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : لو تجدد العذر بعد التحام الحرب ، لم يسقط فرضه على تردد ، الا مع العجز عن القيام به .

اقول : منشأ التردد : النظر الى حصول العذر المسقط للجهاد عنه[2].

والالتفات الى عموم قوله تعالى «ياأيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا»[3]

---

(١) المبسوط ٦/٢ .

(٢) فى هـامش «س» : ويعضده قوله تعالى « ليس على الضعفاء ولاعلى المرضى ولاعلى الذين لايجدون ماينفقون حرج » وهو عام فى حال الحرب وغيره .

(٣) سورة الانفال : ٤٥ .

وقوله تعالى «اذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلاتولوهم الادبار»[1] فيجب عليه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط . أما لوحصل العذر الذي يعجز معه عن القيام بالجهاد كالمرض والعمى ، سقط الجهاد عنه اجماعاً .

فـرع :

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : لوجدد العذر بعد الخروج وقبل الالتحام فان كان ذلك العذر من الغير ، مثل أن رجع صاحب الدين عن الاذن بعده ، أو يسلم أبواه ويمنعاه عن الجهاد ، فعليه الرجوع . وان كان العذر من قبل نفسه كالعرج والمرض ، فهو بالخيار ان شاء فعل وان شاء رجع[2].

ولو قيل انما يسوغ له الجهاد مع ظن السلامة وعدم التضرر به كان حسناً .

قال رحمه الله : ومن عجز عن الجهاد بنفسه وكان موسراً ، وجب اقامة غيره ، وقيل : يستحب . وهو أشبه .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ في النهاية[3]، وأتبعه المتأخر . والحق الثاني .

لنا ـ أصالة براءة الذمة ، ولان الجهاد من جملة العبادات البدنية .

احتجوا بأنه أحوط ، وبعموم الايات الدالة على الامر بفعل الخيرات . والاحتياط معارض بالاصل ، والايات مخصوصة بالقادر ، لانتفاء شرط التكليف في حق العاجز .

قال رحمه الله : والهجرة باقية مادام الكفر .

---

(١) سورة الانفال : ١٥ .

(٢) المبسوط ٢ / ٦ .

(٣) النهاية ص٢٨٩ .

اقول : هذا مذهب جميع علمائنا رضوان الله عليهم أجمعين .

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : فأما ماروي من قولهم عليهم السلام «لاهجرةبعد الفتح» فمعناه : لاهجرة بعد الفتح فضلها كفضل الهجرة قبله . وقيل : لاهجرة بعد الفتح من مكة ، لانها صارت دار الاسلام[1].

قال رحمه الله : ولو نذر المرابطة ، وجبت مع وجود الامام وفقده .

اقول : لاخلاف في وجوب الوفاء بهذا النذر ، اذ هو من جملة الطاعات وانكانت المرابطة في زمان ظهور الامام أكثر، فضلا منها في زمان استتاره،ولكن اذا أتى بها في وقت استتاره ، نوى بها الدفع عن بيضة الاسلام وعن حوزته وعن ماله ، دون الجهاد الشرعي .

قال رحمه الله : وكذا لو نذر أن يصرف شيئاً في المرابطين على الاصح . وقيل : يحرم ويصرفه في وجوه البر ، الا مع خوف الشنعة ، والاول أشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط[2] والنهاية[3] : من نذر أن يصرف شيئاً في المرابطين وكان حال ظهور الامام ، وجب الوفاء به . وان كان في حال انقباض يده واستتاره ، صرف في وجوه البر ، الا أن يكون قد نذره ظاهراً ، أو يخاف الشنعة من الاخلال به عليه ، فيصرفه اليهم حينئذ هبة .

والحق وجوب الوفاء من غير تفصيل ، وهو اختيار المتأخر .

لنا ــ أنه نذر في طاعة ، فوجب الوفاء به . أما الصغرى ، فلان المرابطة مستحبة مطلقاً اتفاقاً منا . واذاكانت مع ظهور الامام أكثراستحباباً، فتكونالمعاونة

---

(١) المبسوط ٢/٤ .

(٢) المبسوط ١/٨ ــ ٩ .

(٣) النهاية ص٢٩١ .

عليها مستحبة ، اذ هي من جملة البر ، وقد قال الله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »[١] وأما الثانية ، فاجماعية .

احتج الشيخ قدس الله روحه برواية علي بن مهزيار قال: كتب رجل من بني هاشم الى أبي جعفر الباقر عليه السلام[٢] اني كنت نذرت نذراً منذ سنتين أن أخرج الى ساحل البحر الى ناحيتنا مما يرابط فيه المتطوعة نحو مرابطتهم بجدة وغيرها من سواحل البحر فارابط ، أفترى حينئذ أن يلزمني الوفاء به أو لايلزمني ؟ أو أفترى الخروج الى ذلك الموضع بشيء من أبواب البر لاصير اليه انشاء الله تعالى .

فكتب اليه بخطه وقرأته: انكان سمع نذرك منك أحد من المخالفين ،فالوفاء به انكنت تخاف الشنعة ، والا فاصرف مانويت في وجوه البر[٣].

والرواية مشتملة على المكاتبة ، مع أنها منافية للاصول ، فلا اعتماد عليها .

قال رحمه الله : ولو آجر نفسه ، وجب عليه القيام بها ، ولو كان الامام مستوراً ، وقيل: ان وجد المستأجر أو ورثته ردها،والا قام بها، والاولى الوجوب من غير تفصيل .

أقول : هذه المسألة مبنية على المسألة السابقة ، فكل من قال بوجوب الوفاء بالنذر هناك مطلقاً قال بوجوب القيام بها هنا ، وكل من لم يوجبه مع استتار الامام الا على وجه لم يوجبه هنا الا عند عدم المستأجرأو وارثه ، لوجوب ايصال الحق الى مستحقه . وقد بينا في المسألة السابقة أن القول الاول أقوى ، فيكون الاولى وجوب الوفاء هنا .

وقال صاحب كشف الرموز: هذه المسألة مبنية على القولين ، فمن قال لاتلزم

---

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) كذا في النسختين ، وفي التهذيب : أبي جعفر الثاني عليه السلام .

(٣) تهذيب الاحكام ٦/ ١٢٦ ، ح٤ .

المرابطة مع عدم تمكن الامام قال بوجوب الاعادة ، ومن قال يلزم قال لاتجب الاعادة ، لان العقد : اما لازم كالاجارة ، أو جائزة كالجعالة .

فان قصد بالمرابطة مسألة من نذر صرف شيء الى المرابطة فصحيح ، والا فغلط ، اذ لاخلاف في وجوب الاتيان بالمرابطة مع نذرها، سواءكان الامام ظاهراً أو مستوراً ، على ماتقدم مستوفى ، وقد صرح المتأخر بذلك .

وأما قول الشيخ المصنف في المختصر : وجاز له المرابطة أو وجب(١). فمعناه : جاز له المرابطة ان أخذ المال بعقد غير لازم كالجعالة ، ووجبت ان أخذه بعقد لازم كالاجارة .

قال رحمه الله : ولايبدؤون الا بعد الدعاء الى محاسن الاسلام .

أقول : المراد بمحاسن الاسلام عندنا الاقرار بالشهادتين والتوحيد والعدل والتزام جميع شرائع الاسلام .

قال رحمه الله : أو تسويته لامته .

أقول : اللأمة بالهمز : الدرع ، وجمعها لأم ، ويجمع أيضاً على لؤم مثال نغر . قال الجوهري : على غير قياس . فانه جمع لؤمة ، واستلأم الرجل ، أي : لبس اللأمة ، واللامة بالتشديد الدرع(٢).

قال رحمه الله : ولو غلب عنده الهلاك لم يجز الفرار ، وقيل: يجوز ، لقوله « ولاتلقوا بأيديكم الى التهلكة »(٣) والاول أظهر ، لقوله تعالى « واذا لقيتم فئة فاثبتوا »(٤).

---

(١) مختصر النافع ص١٣٤ .

(٢) صحاح اللغة ٥/٢٠٢٦ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٤) سورة الانفال : ٤٦ .

أقول : القولان ذكرهما الشيخ رحمه الله في المبسوط[١]، واختارالاول على الاولوية ، ويؤيده أن الاية الدالة على الامر بالثبات خاصة ، وأنه الحفظ عامة ، والخاص مقدم على العام ، فيعمل به في غير صورة الخاص .

ويضعف بأن العمل بالخاص وتقديمه على العام انما يجب اذالم يمكن العمل بالخاص ، الامع تخصيص العام . أما اذا أمكن اجراء العام على عمومه والعمل بالخاص من وجه دون وجه ، فلايجب تقديمه عليه ، بل يكون عدم التقديم أولى اذ العمل بأحد الدليلين من كل الوجوه وبالاخر من وجه دون آخر أولى من العمل بكل منهما من وجه دون آخر، لان العمل به من كل وجه تنزيل له على كل مفهوماته ، فيكون أكثر فائدة .

وفيه نظر ، اذ ليس اجراء آية الحفظ على عمومها وتخصيص آية الثبات أولى من العكس .

ويحتمل أن يقال : تخصيص آية الثبات أولى ، لقوله تعالى « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم[٢] » الاية ، فمدحهم تعالى على ذلك . ولو كان الثبات مع العطب منهياً عنه ، لما مدحهم على ذلك .

قال رحمه‌الله : ولو كان المسلمون أقل من ذلك لم يجب الثبات ، ولوغلب على الظن السلامة استحب ، ولو غلب العطب قيل : يجب الانصراف . وقيل : يستحب ، وهو أشبه .

أقول: القولان نقلهما الشيخ رحمه الله في المبسوط[٣]، واختارالثاني ، وانما كان أشبه لاعتضاده بالاصل .

---

(١) المبسوط ٢/١٠ .

(٢) سورة التوبة : ١١١ .

(٣) المبسوط ٢/١٠ .

والقول الاول عندي أقوى، لان في الانصراف والحال هذه دفع ضرر لايندفع الا به ، ودفع الضرر المظنون واجب عقلا عندنا ، وبالاجماع عند أهل السنة ، فقد ثبت اتفاق المسلمين على وجوب دفع الضرر .

فـرع :

قال الشيخ في المبسوط : لو قصد رجلا رجل ، فغلب في ظنه أنه ان ثبت له قتله فعليه الذب[١].

قال رحمه الله : ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين ، لم يجب الثبات ، وقيل : يجب ، وهو المروي .

اقول: قال الشيخ في المبسوط :كان في بدوالاسلام أن يصاف واحد بعشرة ثم نسخ بوقوف الواحد لاثنين بدليل الاية[٢].

قال رحمه الله : وليس المراد بذلك أن يقف الواحـد بازاء العشرة أو اثنين وانما يراد الجملة . وان جنس المسلمين اذاكان نصف جنس المشركين بلازيادة وجب الثبات ، ويـؤيده الاصل ، ولان الثبات هناك انما وجب لحصول القـوة الاجماعية ، وهي غير موجودة حالة الانفراد . والفول الثاني ذكره الشيخ فـي النهاية[٣] اعتماداً على الرواية[٤]، وتبعه المتأخر ، والمعتمد عندي الاول .

قال رحمهالله : ويحرم بالقاء السم، وقيل : يكره ، وهوأشبه ، فان لم يمكن الفتح الا به جاز .

---

(١) المبسوط ٢/ ١٠ وفيه : فعليه الهرب .

(٢) المبسوط ٢/ ١٠ .

(٣) النهاية ص٢٩٤ .

(٤) تهذيب الاحكام ٥/ ١٧٤ ، ح٢٠ .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية[١]، وهوظاهر كلام المتأخر مصيراً الى رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يلقى السم في بلاد المشركين[٢]. وظاهرالنهي التحريم ، لقوله تعالى « ومانهاكم عنه فانتهوا[٣] » أوجب الانتهاء عن المنهي ، ولانعنى باقتضائه التحريم الاذلك .

وقال في المبسوط : كره أصحابنا القاء السم في بلادهم[٤]، ويؤيده أصالة الجواز .

والحق أن نقول : ان علم وظن أن في البلد أحد من المسلمين حرم الالقاء ، والاجاز. أما لولم يمكن الفتح الا بالالقاء جازقولا واحداً، اذالفتح واجب ولايتم الا به ، ومالايتم الواجب المطلق الابه فهوواجب، على ما بين في كتب الاصول .

قال رحمه‌الله: ولايلزم القاتل دية، ويلزمه‌الكفارة . وفي الاخبار: ولاكفارة .

اقول : لاخلاف في سقوط الدية مع عدم امكان التحرز ، وفي الكفارة قولان للشيخ رحمه الله ، أحدهما السقوط عملا بالاصل ، واستناداً الى النقل . والثاني الوجوب ، عملا بالاية ، وهو اختيار المتأخر وبه اعمل .

قال رحمه الله : وتكره المبارزة بغير اذن الامام ، وقيل : يحرم .

أقول : القول الاول ظاهر كلامه في المبسوط[٥]، عملا بالاصل وانما كرهه لجواز أن لايرضى الامام عليه السلام ذلك ، ولانه عليه السلام أعرف بفرسان المسلمين وفرسان المشركين ، ومن يصلح للبراز ومن لايصلح .

(١) النهاية ص٢٩٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٤٣/٥ ، ح٤ .

(٣) سورة الحشر : ٧ .

(٤) المبسوط ١١/٢ .

(٥) المبسوط ١٩/٢ .

والقول الثاني ذهب اليه في النهاية ، وأتبعه المتأخــر ، عملا بالاحتياط ، اذ يجوز أن لايرضى الامام بذلك ، فيكون حراماً . أما لو منع ، حرم قولا واحداً .

قال رحمه الله : المشرك اذا طلب المبارزة ولم يشترط جاز معونة قرنه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا بارز مشرك مسلماً ، نظر فان بارز مطلقا ، جاز لكل أحد رميه وقتله ، لانه حربي لاأمان بيننا وبينه ، الا أن تكون العادة قد جرت أن لايقاتل عند البراز الا المبارز وحده، فيستحب حينئذ الكف[١].

ولو قيل بوجوب الكف كان حسناً ، اذ ماجرت العادة به كالمنطوق ، لاخلاف في وجوبه مع النطق .

فائدة :

القرن بالكسر كفوك في الشجاعة ، والقرن بالفتح كفوك في السن . وله معان أخر أضربنا عنها خوف الاطالة . والقرن بالتحريك الجعبة .

وقال الاصمعي: انها يكون من الجلود فقط تكون مشقوقة ثم تخرز ، وانما تسد ليصل الريح الى الريش فلايفسد . وله أيضاً عدة معان ، فليطلب من الكتب المطولة .

قال رحمه الله: ولو شرط أن لايقاتله غيره ، وجب الوفاء له ، فان فر فطلبه الحربي جاز دفعه ، ولولم يطلبه لم يجز محاربته، وقيل:يجوز مالم يشترط الامان حتى يعود الى فئته .

اقول : القول الاول هو المختار ، عملا بالشرط السائغ وظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٢] يعطي الثاني ، وليس بجيد .فان احتج بالاصل الدال على الجواز منعنا من دلالته على ذلك ، مع حصول الشرط السائغ اجماعاً .

---

(١) المبسوط ١٩/٢ .

(٢) المبسوط ١٩/٢ .

وفيه نظر ، فانا لانسلم أن شرط الانفراد بالمقابلة سائغ ، كما ذهب اليه أبو علي،محتجاًبأن الله الزم المؤمن الدفععن المؤمن ممن يريد البغي عليه، ولاجرم أن طالب المقابلة باغ،لكن هذاليس ينافع للشيخ،لانه أوجب الوفاء بهذا الشرط.

لايقال : انما شرط الانفراد بالمقابلة في زمان حصول القتال بينهما ولاجرم في زواله مع فرار قرنه المسلم .

لانا نقول:نمنع ذلك، بل انما شرط بشاهد الحال الانفراد مادام في المبارزة وهي لايزول الابعد العود الى فئته .

قال رحمهالله : ولو أذم المراهق أوالمجنون لمينعقد ، لكن يعاد الى مأمنه.

اقول : هذا الحكم انما يصح اذا اعتقد الحربي الامان ، أما لو عرف أن أمان الصبي غير منعقد ثم دخل الينا كان حرباً ، ومراد المصنف الاول .

قال رحمه الله: ويجوز أن يذم الواحد من المسلمين الاحاد من أهل الحرب فلايذم عاماً ولا لاهل اقليم، وهل يذم لقرية أوحصن ؟ قيل: نعم،كما أجازعلي عليه السلام ذمامالواحد لحصن من الحصون، وقيل: لا، وهوالاشبه، وفعل علي عليه السلام قضية في واقعة ، فلايتعدى .

اقول : القول الاخير ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وهو الحق .

لنا ــ أن صحة الامـان حكم شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم ولان ذلك منتوابع النظرفيالمصالح ، وليس الا للامام أونائبه. واحتجاج المجوزين بفعل علي عليه السلام ضعيف ، لما ذكره المصنف .

قال رحمه الله : ولو قال لاتخف أو لابأس عليك ، لم يكن ذماماً مالم ينضم اليه مايدل على الامان .

أقول: هذا القول ذكره الشيخ فيالمبسوط[1]، وعندي فيه اشكال اذ لافرق

(١) المبسوط ٢/ ١٤ .

بين قول القائل لاتخف أو لابأس عليك ، وبين قوله أنت آمن أو آجرتك ، وقد حكم بأن هذا أمان صحيح[1] غير مفتقر الى القرينة ،ويلزمه القول بعدم احتياج هذا .

قال رحمه الله : ويـراعى في الحاكـم كمال العقل والاسلام والعدالة ، وهل يراعى الذكورة والحرية ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه الله ، ولانه من المناصب الجليلة ، فلا يليق بحاله ، وهو الاقوى عندي . وكذا المرأة لقصور عقلها ورأيها .

قال رحمه الله : ويكره قتل الاسير صبراً .

أقول : المراد بالصبر الحبس لاجل القتل .

قال رحمه الله : ولو استرق الزوج ـ الى قوله ـ ولو قيل يتخير الغانم في الفسخ كان حسناً .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله حكم في الصور الثلاث الاول بـانفساخ النكاح لتجدد الملك المقتضي لثبوت السلطنة ، وحكم في الصورة الاخيرة بعدم الانفساخ ،كما ذكره المصنف، والمصنف رحمه الله مال الى التخيير، وهو الوجه عندي .

لنا ـ أنه مالك تجدد ملكه ، فكان له التخيير كغيره من الملاك .

قال رحمه الله : ولو أعتق مسلم عبداً ذمياً بالنذر ، فلحق بدار الحرب فأسره المسلمون جاز استرقاقه ، وقيل : لا، لتعلق ولاء المسلم به ، ولو كان المعتق ذمياً استرق اجماعاً .

أقول : قال الشيخ رحمه الله : ومتى أعتق مسلم عبداً مشركاً وثبت له عليه ولاء ، فلحق بدار الحرب ، ثم وقع في الاسر لم يسترق ، لانه قد ثبت عليه ولاء

(١) في «س» : أماناً صحيحاً .

للمسلم ، فلايجوز ابطاله .

قال رحمه الله : ولوقلنا انه يصح وتبطل ولاء المسلم كان قوياً، وان كان الولاء لذمي ثم لحق المعتق بدار الحرب فسبي استرق، لان سيده لو لحق بدار الحرب استرق والبحث هنا يقع في مقامين :

الاول : في صحة عتق العبد المشترك ، وقد اختلف الاصحاب فيه، فذهب قوم منهم الى أنه لايصح مطلقاً ، وقال آخرون : انما يصح مع النذر فقط ، ولايصح فيماعداه ، والمصنف رحمه الله فرع على هذا القول الاخير، وهو يدل على الرضا به ، والشيخ رحمه الله أطلق ، وهو يدل على اختيار القول .

المقام الثاني: في كيفية هذا الولاء ، ولااشكال فيه على قول الشيخ قدس الله روحه ، حيث حكم بصحة عتق الكافر تبرعاً ، فيثبت حينئذ عليه الولاء للمولى ، وانما يرد الاشكال على الشيخ المصنف قدس الله روحه ، حيث علق صحة العتق على النذر ، ثم أثبت الولاء للمعتق، وهما حكمان متضادان .

ويمكن أن يتحمل له رحمه الله ،بأن يقال: المراد بالولاء هنا ولايضمن الجريرة الثابت بالتوالي الى المولى ، لاولاء العتق ، وانما صح أن يتولاه وان كان معتقة ، لانه والحال هذه شائبة لاولاء عليه ، اذ التقدير أنه معتق بالنذر .

واعلم أن هذا التأويل بعيد جداً ، اذهو غيرمفهوم من كلام المصنف، لكنه محتمل.

لايقال مثله في الذمي .

لانا نقول : الذمي لولحق بدار الحرب استرق ، فكيف من له عليه حق ما.

قال رحمه الله: اذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه ملك نفسه بشرط أن يخرج قبله . ولو خرج بعده ، كان على رقه ، ومنهم من لم يشترط خروجه ، والاول أصح .

اقول: لاخلاف في حصول الحرمة بالاسلام والخروج الى دار الاسلام قبل المولى، وانما الخلاف لو أسلم فأقام في دار الحرب، أوخرج بعد المولى، فذهب الشيخ في النهاية[١] الى أنه باق على الرقية، وهو اختيار أبي علي والمتأخر.

ويؤيده أصالة بقاء الملك على مالكه، ترك العمل بها في تلك الصورة للاجماع فيبقى معمولا بها فيما عداها، وقوله عليه السلام «أيما عبد خرج الينا قبل مولاه فهو حر، وأيما عبد خرج بعد مولاه فهو عبد»[٢].

وقال في المبسوط بعد ذكر هذا القول: والفرق بين المسألتين بحصول قهر العبد للسيد على نفسه، فملكها في المسألة الاولى، وبعدم حصوله في الثانية، فيبقى على أصل الرق، وان قلنا انه يصير حرا على كل حال كان قوياً[٣]. والمعتمد الاول.

تذنيب:

قال في المبسوط: لودخل الحربي الينا بأمان، فاشترى عبداً مسلماً، ثم لحق بدار الحرب، فغنمه المسلمون، فانه باق على ملك المسلم، لان الشراء فاسد، اذ الكافر لايملك مسلماً، ويرد عليه المال الذي أخذه المسلم ثمناً في أمان، فان تلف العبد كان لسيده قيمته وعليه ردثمنه، فيترادان الفضل[٤].

قال رحمه الله: لووجد شيء في دار الحرب، يحتمل أن يكون للمسلمين ولاهل الحرب كالخيمة والسلاح فحكمه حكم اللقطة، وقيل: يعرف سنة ثم يلحق بالغنيمة وهو تحكم.

أقول: الاخير ذكره الشيخ في المبسوط، عملا بالظاهر، اذ لوكان لهصاحب

(١) النهاية ص٢٩٥.

(٢) تهذيب الاحكام ٦/١٥٢.

(٣) المبسوط ٢/٢٧.

(٤) المبسوط ٢/٢٧.

لظهر مطالباً ، وليس بجيد ، لان فيه تهجماً على التصرف في الاموال المعصومة بغير سبب مبيح شرعاً .

والحق ماقاله المصنف ، وهو اختيار شيخنا في المختلف[١].

لنا ـ أنه مال ضائع لابد لاحد عليه ، فيكون لقطة .

قال رحمه الله: ويبدأ بما يرضخه للنساء والعبيدوالكفار ان قاتلوا باذن الامام فانه لا سهم للثلاثة .

اقول : قال أبوعلي : يسهم للعبيد المأذون له فيه والمكاتب ، وهو حسن ، لانه نوع اكتساب وللمكاتب أهلية ذلك ، وكذا العبد المأذون ، والشيخ قال : لا سهم للعبيد ، سواء خرجوا باذن سيدهم أو بغير اذنه ، لان الاستغنام نوع التملك وليس العبد أهلا له على مايأتي بيانه . وهوضعيف ،فانا لانملكه شيئاً، بل مايحصل له يكون لمولاه كغيره من وجوه الاكتسابات .

قال رحمه الله : ثم يخرج الخمس ، وقيل: بل يخرج الخمس مقدماً، عملا بالاية ، والاول أشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : والارضاخ يجوز أن يكون من أصل الغنيمة ، وهو الاولى ، وان أعطاه من ماله خاصة كان له .

قال رحمه الله : وقال قوم : انه يكون من أربعة أقسام المقابلة ، والاول أصح لانهم يغتمونه . وبه قال في الخلاف محتجاً بأن يقع هؤلاء ومعونتهم عائد على أهل الغنيمة طراً ، فتخصيص رضخهم بحصة قوم منهم دون قوم ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل .

وظاهر كلام الشيخ في النهاية[٢] يؤذن بالقول الاخر ، وهو اختيار المتأخر،

---

(١) المختلف ص ١٥٨ من كتاب الجهاد .

(٢) النهاية ص١٩٨ .

عملا بقوله تعالى « واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه »[1] الاية ، أوجب تعالى اخراج الخمس من جميع المغنوم ، ولاشك أن الرضخ من جملة المغنوم فيجب اخراج خمسه أولا ثم يرضخ ثانياً .

والجواب : الاية مخصوصة بما عدا الرضخ ، كما أنها مخصوصة بما عدا السلب المشترط للقاتل وما يحتاج اليه الغنيمة ولما قلناه .

قال رحمه الله : ثم يعطى الراجل سهماً والفارس سهمين ، وقيل : ثلاثة ، والاول أظهر .

اقول : القول الاول هو المشهور بين الاصحاب ، ونقل الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3] القول الثاني ، وهو اختيار أبي علي ابن الجنيد ، والاقرب الاول .

لنا ـ أصالة التساوي ، ترك العمل بها في السهمين ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، والتمسك بالاحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

وبالقول الاول رواية عن أهل البيت عليهم السلام أيضاً، وحملها الشيخ في الاستبصار على ذي الافراس ، مستدلا برواية أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام[4].

قال رحمه الله : من الخيل للقحم والرازح والضرع ، لعدم الانتفاع بها في الحرب ، وقيل : يسهم مراعاة للاسم ، وهو حسن .

اقول : القول الاول ذهب اليه أبو علي ابن الجنيد ، ونقله الشيخ رحمه الله أيضاً .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ رحمه الله ، وهو أحوط ، عملا بعموم الاخبار.

---

(١) سورة الانفال : ٤١ .

(٢) المبسوط ٢/٧٠ .

(٣) الخلاف ٢/١١٨ مسألة ٢٤ .

(٤) الاستبصار ٣/٣ ـ ٤ .

والقحم من الخيل بفتح القاف وتسكين الحاء الكبير الذي لايمكن القتال عليه لكبر سنه ، قاله الشيخ رحمه‌الله والمتأخروالشيخ ، الفحم الهم ،ومثله الفجل والرازح الذي لا حراك به . والضرع بفتح الراء والضاد الصغير من الخيل .

قال رحمه الله : المرصد للجهاد ، لايملك رزقه من بيت المال الا بقبضه ،فان حل وقت العطاء ثم مات ، كان لوارثه المطالبة ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى فتوى الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، ولانه قد استحق المطالبة به ، فيكون لورثته ذلك ، عملابعموم قوله تعالى «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون»[2].

والالتفات الى أصالة عدم انتقال هذا المال اليه ، ترك العمل بها في صورة القبض مع حلول الحول ، فيبقىمعمولا بها فيما عداها، ولان شرط الملك القبض وهو منتف هنا ، فينتفي مشروطه ، واذا بطل الملك لم يستحق وارثه المطالبة ، لانها تابعة له .

قال رحمه الله : قيل : ليس للاعراب من الغنيمة شيء ، وان قاتلوا مع المهاجرين ، بل يرضخ لهم . ونعني بهم من أظهر الاسلام ولم يصفه ، وصولح على اعفائه عن المهاجرة وترك النصيب .

أقول : هذا القول ذكره الشيخ رحمه الله ، ونازع فيه المتأخر ، وقال بعد كلام طويل : لاخلاف بين المسلمين أن كل من قاتل من المسلمين ، فانه من جملة المقاتلة ، وأن الغنيمة للمقاتلة ، فلا يخرج عن هذا الاجماع الا باجماع مثله . والحق ماقاله الشيخ .

لنا ــ أن النبي عليه‌السلام صالحهم عن المهاجرة بترك النصيب ، فلا يستحقون فيه

---

(١) المبسوط ٢/٧٣ .

(٢) سورة النساء : ٧ .

شيئاً .

قال رحمه الله : لايستحق أحد سلباً ولانقلا، في بدأة ولا رجعة، الا أن يشترط له الامام .

أقول : السلب في اللغة المسلوب ، ومثله السليب ، والسلب أيضاً مصدر سلبت الشيء سلباً . وأما في الشرع ، فهو كل مايد المقتول عليه ، وهو جنّه للقتال أو سلاح له مثل القوس والبيضة والخوذة والجوشن والسيف والرمح والدرقة والثياب التي عليه وفرسه التي تحته .

وأما الذي لايكون يده عليه ،كالمضرب والرحل والجنايب التي يساق خلفه وماشاكل ذلك ، فغنيمة وليس بسلب .

أما مايده عليه وليس بجنة للقتال ،كالمنطقة والخاتم والسوار والطوق والنفقة التي معه ، ففي كونها غنيمة أو سلباً نظر ، ينشأ : من كون يده عليه ، فيكون سلباً مراعاة للوضع اللغوي . ومن أنه ليس بجنة .

قال الشيخ في المبسوط : والاولى أن نقول : انه سلب لعموم الخبر[1].

وهل يستحق بنفس الفعل ، أو بشرط الامام، أو والي الجيش ؟ أكثر الاصحاب على الثاني . وقال أبوعلي : من قتل قتيلا، فله سلبه خاصة، سواء قال ذلك للعسكر أو لم يقله ، اذا كان ذا سهم في الغنيمة . أما لو لم يكن كذلك . أفتقر الى الشرط والمعتمد ماقاله الشيخ .

والنفل في اللغة الغنيمة ، يقال بتحريك الفاء وتسكينها ، والجمع الانفال . قال لبيد :

ان نقوى ربنا خير نفل وباذن الله رمي وعجل

والمراد هنا مايجعله الامام ، أو والي الجيش لبعض المجاهدين من الغنيمة

---

(١) المبسوط ٢/ ٦٧ .

ويجوز أن يكون من غيرهـا ، بشرط أن نقول : من يولي السريـة فله كذا ، ومن دلني على القلعة الفلانية فله كذا ، من قتل فلاناً من البطارقة فله كذا ، هـذه اللفظة ذكرها الشيخ رحمه الله في المبسوط[١].

قال الجوهري : البطريق القائد من قواد الروم ، وهـو معرب ، والجمـع البطارقة[٢].

وهو جائز مع الحاجة لابدونها ، ولاتقدير له ، بل تقديره موكول الى نظر الامام عليه السلام .

قال : وجعل النبي عليه السلام في البدأة ، وهي السرية المنفذة أولا الى دارالحرب الربـع ، وفي الرجعة وهي السرية الثانية التي تبعث بعد رجوع الاولى ، وقيل : هي المنفذة بعد رجوع الامام الى دار الاسلام ليس عاماً ، بل لما رأى في ذلك من المصلحة .

فـرع :

اذا قال الامام قبل لقاء العدو : من أخذ شيئاً فهو له ، صح لانه معصوم ففعله حجة ، قاله الشيخ رحمه الله، وروي ان علياً عليه السلام قال يوم : من أخذ شيئاً فهو له.

قال رحمه الله : الحربي لايملك مال المسلم بالاستغنام ، ولو غنم المشركون أموال المسلمين [وذراريهم] ثم ارتجعوها ، فالاحرار لاسبيل عليهم. أما الاموال والعبيد ، فلاربابها قبل القسمة ولـو عرفت بعد القسمة ، فلاربابها القيمة من بيت المال، وفي رواية: تعاد على أربابها بالقيمة . والوجه اعادتها على المالك،ويرجع الغانم بقيمتها على الامام مع تفرق الغانمين .

---

(١) المبسوط ٢/٦٨ .

(٢) صحاح اللغة ٤/١٤٥٠ .

اقول : اعلم أنه لانزاع في وجوب رد الاولاد مطلقاً من غيرعوض معقيام البينة بكونهم أولاداً للمسلم . وانما النزاع في الاموال فقط .

اذا عرفت هذا فنقول : اختلف الاصحاب في هذه المسألة ، فذهب الشيخ في النهاية[1] الى تقويمها على المقاتلة، ويدفع الامام قيمتها الى أربابها من بيت المال ، مصيراً الى رواية هشام بن سالم عن بعض الاصحاب عن أبي‌عبدالله عليه السلام في السبي يأخذه العدو من المسلمين في القتال من أولاد المسلمين ومماليكهم ، فيتجرونه ، ثم ان المسلمين بعد قاتلوهم فظفروا بهم ، فسبوهم وأخذوا منهم ما أخذوا من مماليك المسلمين وأولادهم الذين كانوا أخذوهم من المسلمين،فكيف نصنع بما كانوا أخذوه من أولادهم ومماليكهم ؟ قال فقال : **أما أولاد المسلمين ،** فلايقام في سهام المسلمين، ولكن يرد الى أبيه، أو الى أخيه، أو الى وليه‌بشهود وأما المماليك ، فانهم يقامون في سهام المسلمين ويعطى مواليهم قيمة أثمانهم من بيت مال المسلمين[2].

وهي غير مسندة الى امام ، فلاحجة فيها .

وقال في المبسوط[3] والخلاف[4]: انعرفت قبل القسمة كانت لاربابهابغير ثمن ، وان كان بعدها ردت عليهم أيضاً ، وأعطى الامام من حصل في سهمه قيمته من بيت المال ، لئلا تنتقص القسمة . وهو اختيار المتأخر ، عملا بقوله عليه السلام : لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه[5].

والقول‌الذي ذكره المصنف منسوب الى‌ابن بابوية، وهو ظاهر كلام‌الشيخ

---

(١) النهاية ص٢٩٥ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٦ ، ح١ .

(٣) المبسوط ٢٦/٢ .

(٤) الخلاف ١٢١/٢ .

(٥) عوالى اللئالى ٤٧٣/٣ .

في الاستبصار ، حيث تأول رواية ابن سالم عن الصادق عليه السلام[١].

وأما الرواية التي أشار اليها المصنف رواية ابن أبي عمير عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان له عبد ، فأدخل دار الشرك ، ثم أخذ سبياً الى دار الاسلام ، فقال: ان وقع عليه قبل القسمة فهو له، وان جرت عليه القسمة فهوأحق به بالثمن[٢]. وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام[٣].

والحق مااختاره المصنف ، وهو اختيار الشيخ في الاستبصار أخيراً ، عملا بالرواية عن الباقر عليه السلام[٤].

فـرع :

لو أسلم الحربي بعد استغنام مال المسلم لم يملكه ، خلافاً لابي حنيفة .

قال رحمه الله : ولو قتل الرجال قبل عقد الجزيـة ، فسأل النساء اقرارهن ببذل الجزية ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو الاصح . ولوكان بعد عقد الجزية، كان الاستصحاب حسناً .

أقول : القولان نقلهما الشيخ رحمه الله فـي المبسوط ، فقال : فـان قتل الرجال ، فسأل النساء أن يعقد لهن ليكن ذميات في دار الاسلام ، عقد لهن بشرط أن تجري أحكامنا عليهن ، وليس له سبيهن ولاأن يأخذ منهن شيئاً ، فان أخذ شيئاً رده . وقد قيل : انه يحتال عليهن حتى يفتحوا ، فيسبين ولايعقد لهن الامان[٥].

ولايدل صريحاً على مانقله الشيخ المصنف رحمه الله . وانماكان القول الثاني

---

(١) الاستبصار ٣/٥ ، ح٢ .

(٢) الاستبصار ٣/٥ ، ح٣ .

(٣) الاستبصار ٣/٥ ، ح٤ .

(٤) الاستبصار ٣/٥ .

(٥) المبسوط ٢/٤٠ .

أصح ، لان النساء لايصح ضرب الجرية عليهن اجماعاً منا ، فيكون هذا العقدقد تضمن شيئاً باطلا ، فيكون باطلا ، لان الماهية المركبة تكفي في ارتفاعهابطلان أحد أجزائها .

وأما قوله « ولو كان بعد عقد الجرية كان الاستصحاب حسناً » معناه : اذاقتل الرجال بعد ضرب الجرية عليهم ، كان استدامة الامان للنساء من غير ضرب جزية عليهن حسنة ، لانهن قد ثبت لهن الامان مع الرجال ضمناً ، فيستحب الوفاء به.

قال رحمه الله : ويجوز وضع الجزية على الرؤوس ، أو على الارض ولا يجمع [بينهما] وقيل بجوازه ابتداءاً ، وهو الاشبه .

اقول : الاول هو المشهور بين الاصحاب ، والقول الثاني ذهب اليه أبو علي ، واختاره أبو الصلاح . وانما كان أشبه ، لان الجمع أنسب بالصغار،ولانه بمدلول الاصل .

قال رحمه الله : واذا أسلم قبل الحول ، أو بعده قبل الاداء، سقطت الجزية على الاظهر .

اقول : لاخلاف في سقوط الجزية بالاسلام قبل حوول الحول .

وانما الخلاف في الفرض الثاني ، فذهب الشيخ رحمه الله وأكثر الاصحاب الى السقوط ، عملا بالاصل ، ولقوله عليه السلام « الاسلام يجب ماقبله »[1] ولانه لا جزية على مسلم ، ولان أداها مشروط بالصغار ، ينتفي هنا اجماعاً .

وظاهر كلام أبي الصلاح عدم السقوط ، لانه حق ثبت في الذمة بحوول الحول ، فيجب أداؤه كغيره من الحقوق ، وليس بجيد ، لانها انما وجبت لمعنى وقد انتفى فينتفي بانتفائه .

قال رحمه الله: اذا خرقوا الذمة في دارالاسلام ،كان للامام ردهم الى مأمنهم

---

(١) الجامع الصغير للسيوطي ١٢٣/١ .

وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول : القول للشيخ رحمه الله . وأما التردد ، فمنشؤه : النظرالى الاصل الدال على الجواز ، ولان الامان انما هو للالتزام بشرائط الذمة وقد زال فيزول مشروطه .

والالتفات الى حصول الامان لهم في دار الاسلام ، فيجب ردهم للاية الى مأمنهم ، ثم يصيرون حرباً بعد ذلك ، والاول أقوى عندي .

قال رحمه الله : وأما المساكن ، فكل مايستجده الذمي لايجوز أن يعلو بـه على المسلمين من مجاوريه ، ويجوز مساواته على الاشبه .

اقول : لاخلاف في تحريم العلو . وانما الخلاف في المساواة ، فـذهب الشيخ الى أنه لايجوز ، وأتبعه المتأخر ، لانه أنسب بالصغار .

والحق الجواز ، عملا بعموم قوله ﷺ « الناس مسلطون على أموالهم »[1] ترك العمل به في الصورة الاولى ، اما للدليل الدال عليه، أوللاتفاق ، فيبقى معمولا به فيما عداها .

قال رحمه الله : ولايجوز لهم استيطان الحجاز على قول مشهور .

اقول : هذاالقول ذكره الشيخ أبوجعفر، وهوجيد لما فيه من تحقيق الصغار المأمور به شرعاً ، ولم أقف لباقي الاصحاب على شيء من ذلك .

قال رحمه الله: وفي الاجتيازبه والامتيار منه تردد،ومن أجازه حده بثلاثةأيام .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن المنع من ذلك أنسب بالصغار ، فيكون مطلوباً للشارع .

---

(١) عوالي اللئالي ١ / ٢٢٢ و٤٥٧ و١٣٨/٢ و٢٠٨/٣ .

فـرع :

المراد بالحجاز هنا ماعدا الحرم ، فلايجوز دخوله ، لا للاستيطان ولالغيره عملا بقوله تعالى « انما المشركون نجس »[1] الاية . قال الشيخ رحمه الله : فأما المسجد الحرام ، فهوعبارة عن الحرم عند الفقهاء ، فلايدخل مشرك الحرم بحال.

قال رحمه الله : ولا جزيرة العرب ، قيل : المراد بها مكة والمدينة واليمن ومخاليفها .

اقول : المراد بمخاليفها ماكان قريباً منها .

قال رحمه الله : ولايجوز أكثر من سنة على قول مشهور .

اقول : هذاالقول ذكره الشيخ، محتجاً عليه بقوله تعالى «فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »[2] فاقتضى ذلك قتلهم بكل حال ، وخرج قدر الاربعة أشهر بدليل الاية الاولى ، وبقي ماعداه على عمومه ، فالوجه عندي مراعاة الاصلح للمسلمين .

قال رحمه الله : لو قدم زوجها فطالب بالمهر ، فماتت بعد المطالبة ، دفع اليه مهرها . ولو ماتت قبل المطالبة ، لم يدفع اليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى تحقق السبب الموجب لدفع المهر،وهو الامساك فيجب الدفع ، عملا بالمقتضي .

والالتفات الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

واعلم أن هذاالتردد ضعيف جداً ، لانا لانسلم أن سبب الدفع مجرد الامساك بل شبيه الامساك الحاصل معه الحيلولة ، وهي منتفية هنا ، اذ لايتحقق الحيلولة الا

(١) سورة التوبة : ٢٨ .

(٢) سورة التوبة : ٥ .

مع المنع عقيب المطالبة لا مطلقاً ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

فرعان :

الاول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط :كل موضع يجب فيه رد المهر فانه يكون ذلك من بيت المال المعد للمصالح[٢].

وقال أبوعلي : ان كان مادفعه الزوج باقياً معها وجب دفعه ، والاعوض عنه من سهم الغارمين . وتفصيله الاول جيد ، لظاهر الاية . أما الثاني فلا .

الثاني : قال رحمه الله : هذا الحكم انما يكون اذا قدمت الى بلد الامام ، أو بلد خليفته ومنع من ردها . أما اذا قدمت الى غير بلدهما ، فمنع غير الامام أو غير خليفته من ردها ، فلا يلزم الامام أن يعطيهم شيئاً ، سواء كان المانع من ردها العامة ، أو رجال الامام ، لان البدل يعطي الامام من المصالح ، فلا تصرف لغير الوالي فيه .

قال رحمه الله : وان عاد الى دينه قيل : يقبل ، وقيل : لا ، وهو الاشبه .

اقول : القائل الشيخ رحمه الله في المبسوط[٣]، وانما كان الثاني أشبه، لدلالة الاية والخبر عليه .

فـرع :

وكذلك الحكم في من انتقل الى دين لايقر أهله عليه ثم عاد .

قال رحمه الله : ولوأصر فقتل هل يملك أطفاله ؟ قيل: لا ، استصحاباً لحالهم الاولى .

---

(١) المبسوط ٢/٥٣ .

(٢) المبسوط ٢/٥٥ .

(٣) المبسوط ٢/٥٧ .

اقول : اعلم أن الاولاد : اما أكابر ، أو أصاغر . والاول يقرون على دينهم ان كان ممن يقر أهله عليه . وأما القسم الثاني ، فلا يخلو اما أن يكون أمتهم على دين يقر أهله عليه أولا ، فان كان الاول أقروا عليه ، سواء ماتت الام أو لا . وان لم يكن لهم ام ، أوكانت على دين لايقرأهله عليه،قال الشيخ رحمه‌الله في المبسوط أقروا لما سبق لهم من الذمة[1]. ولو قيل للامام تملكهم والحال هذه كان حسناً .

لنا ــ انهم مال لم يوجف عليه بخيل ، فيكون فيئاً .

قال رحمه الله : اذا اشترى الكافر مصحفاً لم يصح البيع،وقيل: يصح ويرفع يده ، والاول أنسب باعظام الكتاب العزيز ، ومثل ذلك كتب أحاديث النبي صلى الله عليه وآله وقيل : يجوز على كراهية . وهو أشبه .

اقول : هنا مسألتان :

الاولى : في شراء المصاحف ، والاقوى البطلان لما ذكره .

الثاني : في ابتياع الكتب التي فيها أحاديث رسول الله صلى الله عليه وآله وآثار السلف وأقاويلهم . والاقوى الصحة هنا على كراهية ، خلافاً للشيخ رحمه الله .

لنا ــ الاصل الصحة، ترك العمل به في الصورة الاولى، لاعظام الكتاب العزيز فيبقى معمولا بها فيما عداه ، ولان حرمتها ليست كحرمة المصاحف ، فلايتعدى الحكم .

قال رحمه الله : وهل يؤخذ ماحواه العسكر ــ الى آخره .

اقول : منشأ الخلاف في هذه المسألة واقعة علي عليه السلام يوم الجمل، فانه روي فيها الوجهان ، ولاثمرة مهمة في تحقيقها .

قال رحمه الله : والامر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان اجماعاً ، ووجوبهما على الكفاية ، ويسقط من فيه كفاية، وقيل: بل على الاعيان، وهو أشبه .

---

(١) المبسوط ٥٨/٢ .

اقول : القول الاول ذهب اليه السيد المرتضى قدس الله روحه ، واختاره المتأخر، عملا بالاصل ، ولان الغرض منهما ارتفاع القبح ووقوع الحسن، وهو يحصل بقيام من فيه كفاية ، فلم يكن لتكليف الباقين به فائدة .

والقول الثاني ذهب اليـه الشيخ رحمه الله وأتباعه ، عملا بعموم الايـات والروايات ، وهوأقوى ، ونمنع خلوتكليف الباقين عن الفائدة ، والاصل يعارض بالايات والروايات وهل يثبت الوجوب عقلا أو شرعاً ؟ فيه خلاف ، وتحقيقه في علم الكلام .

قال رحمه الله : وهو يجب وجوباً مطلقاً .

أقول : معناه من غيرشرط ، بخلاف المرتبتين الاخريين .

قال رحمه‌الله : ولو افتقرالى الجرح والقتل هل يجب ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، الا باذن الامام ، وهو الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه‌الله في الاقتصاد : الظاهر من مذهب شيوخنا الامامية أن هذا الجنس من الانكار لايكون الا للامام ، أو لمن يأذن له فيه .

قال رحمه‌الله : والمرتضى يخالف فيه ويقول : يجوز فعل ذلك بغير اذنه ، لان مايفعل باذنه ، يكون مقصوداً ، وهذا بخلاف ذاك ، اذ هو غير مقصود ، انما القصد وقوع المعروف وارتفاع المنكر، فان وقع ضرر فهو غير مقصود[1].

قال رحمه‌الله : وهل يقيم الرجل الحد على زوجته وولده ؟ فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحد حكم شرعي، فلايتولى اقامته الا الامام أومن ينصبه للنظرفي ذلك ،كغيره من الاحكام وهو اختيار سلار والمتأخر .

والالتفات الى فتوى الشيخ رحمه‌الله وابن البراج .

---

(١) الاقتصاد ص ١٥٠ .

قال رحمه‌الله : ولو ولي وال من قبل الجائر وكان قادراً على اقامة الحدود ، هل له اقامتها ؟ قيل : نعم ؟ بعد أن يعتقد أنه يفعل ذلك بأذن امام الحق . وقيل : لا ، وهو الاحوط .

أقول : البحث في هذه كالبحث في السابقة ، والاقرب الجواز للفقهاء .

فصل

(في ايضاح الترددات المذكورة في المعاملات)

وفيه مباحث :

البحث الاول

(في ذكر الترجيحات المذكورة في باب وجوه الاكتساب)

قال رحمه‌الله: وربماقيل بتحريم الابوال كلها الا أبوال الابل، والاول أشبه .

أقول : القول الاول ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[1]، واختاره السيد المرتضى قدس‌الله روحه، وتبعهما المتأخر، عملا بالاصل ، واستناداً الى الرواية .

والقول الثاني ظاهر كلام الشيخ في النهاية[2]، وهو خيرة المفيد شيخنا وسلار، والمستند عموم الروايات الواردة بالمنع من التصرف في الابوال.والعام يخص للدليل ، وقد بيناه .

---

(١) المبسوط ٢/ ١٦٦ .

(٢) النهاية ص٣٦٤ .

قال رحمه‌الله : ويجوز بيع المسوخ ، برية كانت كالقرد والدب، وفي الفيل تردد ، والاشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز، ولانه عين طاهرة ينتفع بها ، فجاز بيعها كغيرها ، ويؤيده عموم الاية ، وهو فتوى شيخنا في المبسوط[1]، واختاره المتأخر .

والالتفات الى فتوى شيخنا المفيد وسلار، وهو القول الاخر للشيخ .

قال رحمه‌الله : ويحرم بيع السباع كلها الا الهر، والجوارح طائرة كانت كالبازي أوماشية كالفهد، وقيل : يجوز بيع السباع كلها، للانتفاع بجلدها أوعظمها وهو الاشبه .

اقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ رحمه‌الله في المبسوط[2].

والقول الثاني ذهب اليه المتأخر ، وهو الحق لما ذكرناه في السابقة .

قال رحمه الله : لايجوز بيع شيء من الكلاب الاكلب الصيد ، وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد ، والاشبه المنع ، نعم يجوز اجارتها ، ولكل واحد من هذه الاربعة دية لوقتله غير المالك .

اقول : لاخلاف في جواز بيع كلاب الصيد ، سلوقية وهي المنسوبة الى سلوق قرية باليمن ، وغير سلوقية .

وانما الخلاف في كلب الماشية وكلب الحائط وكلب الزرع، فذهب الشيخ في النهاية[3] والخلاف[4] الى التحريم، وتبعه ابن البراج، محتجاً برواية جابرعن

---

(١) المبسوط ١٦٦/٢.

(٢) المبسوط ١٦٦/٢ .

(٣) النهاية ص٣٦٤ .

(٤) الخلاف ٥٨٦/١ .

النبي عليه‌السلام أنه نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب الصيد[1]. وذهب سلار وابن حمزة الى الجواز، وتبعهما المتأخر، عملا بأصالة الاباحة، ولان لها ديات مقدرة فيجوز بيعها .

أما الصغرى فاجماعية . وأما الكبرى ، فظاهرة ، اذ ملك الدية تابعة لملك العين ، واذا ثبت أنها مملوكةصح بيعها ، عملا بقوله عليه‌السلام «الناس مسلطون على أموالهم»[2] وفيه نظر ، اذ المنع من البيع لاينافي الملك ،كما في أم الولد . والحق التمسك بالاية .

قال صاحب كشف الرموز : في تجويز الاجارة مع المنع من البيع اشكال منشؤه : أن جواز الاجارة لازم لصحة التملك المبيح للبيع .

وليس بجيد ، اما ذكرناه اعتراضاً على دليل المتأخر ، ولان النهي انما ورد في البيع فقط ، فيبقى الباقي سليماً عن المعارض .

قال رحمه الله : وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول ؟ فيه تردد ، والاشبه عدم الاشتراط .

أقول : منشؤه: النظر الى أصالة عدم الاشتراط ، وهو فتوى ابن البراج . والالتفات الى أصالة بقاء الملك على مالكه ، ترك العمل به في صورة تقديم الايجاب على القبول،فيبقى معمولا بها فيما عداها، وهو فتوى الشيخ وابن حمزة وأتبعهما المتأخر .

وقال أبو حنيفة: ان كان القبول بلفظ الخبر مثل اشتريت منك صح ،والافلا.

قال رحمه الله : ولايصح بيع الصبي ولاشراؤه ، ولو بلغ عشراً عاقلا على الاظهر.

---

(١) نحوه تهذيب الاحكام ٧/١٣٦ ، ح ٧١ .

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٢٢ و٤٥٧ و٢/١٣٨ و٣/٢٠٨ .

أقول : سيأتي البحث في هذه انشاء الله .

قال رحمه الله: ولو أمره آمر أن يبتاع له نفسه من مولاه ، قيل : لايجوز ، والجواز أشبه .

اقول : انما كان أشبه ، لاعتماده على الاصل ، ولانه يصح أن يكون وكيلا باذن مولاه ، والتقدير حصول الاذن في هذه الصور ، فيصح العقد .

قال رحمه الله: ولو باع ملك غيره ، وقف على اجازة المالك أو وليه على الاظهر .

اقول : هذا القول هو المشهور بين الاصحاب ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] بالبطلان، وتبعه المتأخر، والبحث في هذه المسألة مبني على أن النهي في المعاملات هل يدل على الفساد أم لا ، فان قلنا بالاول كان البيع باطلا، والا كان موقوفاً . وتحقيق ذلك في أصول الفقه .

قال رحمه الله : والوكيل ــ الى قوله : وهو أشبه .

أقول : انما كان أشبه لقضاء الظاهر بــه ، ولان المخاطب لايدخل في أمــر المخاطب اياه في أمر غيره .

قال رحمه الله : وأن يكون المشتري مسلماً ــ الى قوله : وهو أشبه .

اقول : انما كان الثاني أشبه ، لقولــه تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»[2] نفى السبيل للكافر على المؤمن،ولاريب أن التملك سبيل عظيم فيكون منفياً ، وهو اختيار الشيخ قدس الله روحه .

قال رحمه الله : ولو ابتاع الكافر أباه المسلم هل يصح ؟ فيه تردد،والاشبه الجواز ، لانتفاء السبيل بالعتق .

اقول: منشؤه: النظر الى مقتضى الاصالة، فيصح الشراء، واليه مال المصنف.

---

(١) الخلاف ١ /٥٨٠ مسألة٢٧٥ .

(٢) سورة النساء : ١٤١ .

والالتفات الى ظاهر الاية ، فلايصح ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله،وأتبعه ابن البراج ، والمصنف أجاب عن الاية ، بأن السبيل هنا منتف ، لانه ينعتق عليه بنفس دخوله في ملكه .

وكذا البحث في جميع المحرمات عليه نسباً ورضاعاً على الخلاف .

قال رحمه الله : وفي بيع بيوت مكة تردد ، والمروي المنع .

اقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل ، وعموم الاية .

والالتفات الى الروايات المروية عن أهل البيت عليهم السلام الدالة على المنع ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف[1]، مدعياً للاجماع ، ومحتجاً بقوله تعالى « سواء العاكف فيه والباد »[2] وقد تقدم تقرير الاستدلال بها والاعتراض، فلاوجه لاعادته وتحمل الروايات على المنع من بيع نفس الارض ، لان مكة فتحت عنوة دون الاثار ، وهو اختيار المتأخر .

قال رحمه الله : ولايصح بيع الوقف مالم يؤد بقاؤه الى خرابه ، لاختلاف بين أربابه ويكون البيع أعود على الاظهر .

أقول : الجواز مذهب الشيخ رحمه الله ، والمنع مذهب المتأخر .

قال رحمه الله : وفي اشتراط موت المالك تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز، ترك العمل بها في الصورة الاولى للاتفاق عليها ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الى عموم النهي عن بيع أمهات الاولاد .

قال رحمه الله : ولايمنع جناية العبد من عتقه ولامن بيعه، عمداً كانت الجنايه أوخطأ ، على تردد .

---

(١) الخلاف ١ / ٥٨٩ ، مسألة٣١٦ .

(٢) سورة الحج : ٢٥ .

أقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى تعلق حق المجني عليه برقبة العبد ، فلايصح بيعه ولاعتقه، لما فيه من ابطال الحق الثابت شرعاً ، والاشبه الجوازفي الخطأ دون العمد ، ويضمن المولى أرش الجناية حينئذ .

قال رحمه‌الله : ولو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة ، فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظرالى عموم الاية . والالتفات الى أن القدرة على التسليم شرط ولم يحصل .

قال رحمه‌الله : وتكفي مشاهدة المبيع عن وصفه ، ولوغاب وقت الابتياع الا أن يمضي مدة جرت العادة بتغير المبيع فيها . وان احتمل التغير ،كفى البناء على الاول ، ويثبت له الخيار ان ثبت التغير ، فان اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم التغير على عقد البيع ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لاستناده الى هذا الاصل ، ولانه منكر لدعوى المشتري .

والالتفات الى أن المشتري غارم للثمن ، فيكون القول قوله مع يمينه ، اذ لايجوز انتزاع مال الغير الابرضاه اجماعاً ، ولاريب أنه غيرراض بأداء هذا القدر على تقديرحصول التغير ، وأصالة عدم التقدم معارضة بأصالة عدم الحدوث، والله أعلم .

قال رحمه‌الله : وهل يصح شراؤه من غيراختبار ولا وصف ، على أن الاصل الصحة ؟ فيه تردد ، والاولى الجواز .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم الاية ، وأصالة السلامة .

والالتفات الى حصول الغررالمنهي عنه شرعاً ، فلايصح البيع ، وهواختيار المتأخر . ونمنع حصول الغرر ، والرواية المروية عن أبي عبدالله عليه‌السلام قاصرة

عن افادة المطلوب ، فلايصح التمسك بها .

قال رحمه‌الله : ولايجوز بيع سمك الاجام ولو كان مملوكاً لجهالته، وان ضم اليه القصب على الاصح .

اقول: لاخلاف أن بيع المجهول لايصح مطلقا، الاأن الشيخ رحمه‌الله جعل المجهول بمثابة المعلوم في صورة واحدة ، وهي مع انضمام المعلوم اليه في البيع ، تمسكاً بروايات ضعيفة جداً ، لمنافاتها الاصل ، ولضعف سندها ، فلهذا جوز بيع سمك الاجمة مع بيع مافيها من القصب ، ومع اصطياد شيء منه وبيعه منضماً الى مافيها ، وتبعه على ذلك ابن البراج وابن حمزة .

وقال شيخنا في المختلف: والتحقيق أن نقول : المضاف الى السمك ان كان هو المقصود بالبيع ويكون السمك تابعاً صح البيع والا فلا[1].

قال رحمه‌الله : ويكره دخول المؤمن في سوم أخيه على الاظهر .

اقول: السوم في اللغة موضوع لمعان شتى ، وفي الشرع عبارة عن الزيادة في ثمن المبيع بعد انتهاء المزائدة وسكون نفس كل من المتبايعين على البيع بذلك الثمن .

اذا عرفت هذا ، فنقول: اختلف الاصحاب هنا ، فذهب الشيخ الى التحريم وأتبعه المتأخر ، عملا بقوله عليه‌السلام « لايسوم الرجل على سوم أخيه[2] » وهذا خبر أقيم مقام النهي ، كما في قوله عليه‌السلام « لاشفاء في محرم[3] » والنهي يدل على التحريم ظاهراً ، والمصنف اختار الجواز على كراهية ، عملا بأصالة الاباحة .

قال رحمه الله : وأن يتوكل حاضر لباد ، وقيل : يحرم ، والاول أشبه .

---

(١) المختلف ص٢٠٩ كتاب التجارة.

(٢) رواه الصدوق في الحديث المناهي في من‌لايحضره الفقيه .

(٣) عوالي اللئالي ٢/١٤٩ و ٣٣٣ .

اقول : التحريم ذهب اليه الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، نظراً الى ظاهر الخبر[٣]، والكراهية ذهب اليها الشيخ في النهاية، عملا بالاصل واختاره المصنف.

قال رحمه‌الله: والخيار فيه على الفور، وقيل: لايسقط الابالاسقاط، وهو أشبه.

أقول: انما كان الثاني أشبه، لان الخيارحق يتملك، فلايسقط بالتأخير، كغيره من الحقوق.

قال رحمه الله : الاحتكار مكروه ، وقيل : حرام ، والاول أشبه .

أقول : القول الاول ذهب اليه الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد في المقنعة ، وأتبعهما سلار ، والمستند التمسك بالاصل .

والقول الثاني ذهب اليه ابن بابوية وابن البراج وأحد قولي أبي الصلاح وظاهر كلام المتأخر ، والمستند ورود النهي عنه ، والنهي للتحريم ظاهراً .

قال رحمه‌الله : ويجبر المحتكر على البيع ولايسعر عليه وقيل : يسعر، والاول أظهر .

اقول: لاخلاف في الاجبار على البيع، لما في المنع من الضرر المنفي شرعاً .

وانما الخلاف في التسعير ، فذهب الشيخ الى أنه لايسعر عليه ، وأتبعه المتأخر وابن البراج ، عملا بالاصل ، ولان في التسعير منعاً عن التسلط في المال فيكون منفياً ، لقوله عليه‌السلام « الناس مسلطون على أموالهم » وفي روايات باقي الاصحاب مايدل على المنع من ذلك أيضاً .

وقال المفيد بالثاني ، لكن بشرط أن لايخسر أربابها فيها ، وأتبعه سلار ،

---

(١) المبسوط ١٦٠/٢ .

(٢) الخلاف ٥٨١/١ مسألة ٢٨١ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٥٨/٧ .

(٤) النهاية ص٣٧٤ .

وأوجب ابن حمزة مع الاجحاف ومنعه مع عدمه، وهو اختيار الراوندي، ولعله الاقرب .

البحث الثاني

(في ذكر الترددات المذكورة في فصل الخيار)

قال رحمه الله : ولوخيره فسكت، فخيار الساكت باق، وكذا الاخر. وقيل: فيه يسقط . والاول أشبه .

أقول : انماكان أشبه لقوله عليه السلام «البيعان بالخيار مالم يفترقا»[1] ولانه انما اسقط خياره على تقدير رضا الاخر ولم يحصل ، فيكون خياره باقياً ، اذ لايمكن حصول المشروط بدون الشرط .

قال رحمه الله : وخيار الحيوان ثلاثة للمشتري خاصة على الاظهر .

اقول : ذهب السيد المرتضى قدس الله روحه الى أنهذا الخيار ثبت للمتبايعين معاً ، والحق الاول .

لنا ــ أصالة عدم ثبوت الخيار ، ترك العمل بها في صورة ثبوته للمشتري ، لوجود الدليل الدال على ثبوته له ، فيبقى معمولا بها فيما سواه[2].

قال رحمه الله : من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ـ الى قوله : ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على الاشبه .

اقول : لاخلاف في أن تلف هذا المبيع بعد الثلاثة من مال البائع ، وانما الخلاف في تلفه في أثناء الثلاثة ، فذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه الى أنه

---

(١) مسند أحمد بن حنبل ٢ /٧٣ .

(٢) في «س» : عداه .

يكون من مال المشتري . والحق أنه من مال البائع في الحالين .

لنا ـ قوله عليه السلام :كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه .

واعلم أن تفصيل الشيخ في النهاية[1] في صورة حصول التلف بعد القبض غير وارد للزوم البيع بالقبض .

قال رحمه الله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار . والاول أظهر .

اقول : القول الاخير مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[2] والخلاف[3].

والحق الاول ، للاتفاق على تسويغ التصرف المستلزم للملك ، ويستحيل وجود الملزوم من حيث أنه ملزوم بدون اللازم .

قال رحمه الله : خيار الشرط يثبت من حين التفرق ، وقيل: من حين العقد ، وهو أشبه .

اقول : القول الاول مذهب الشيخ رحمه الله ، وأتبعه المتأخر . وانما كان الثاني أشبه ، لان اطلاق المدة يقتضي الاتصال بالعقد .

قال رحمه الله : والحدارة .

اقول : المراد بالحدارة هنا الغلظ ، ومنه الحادر للمبلى .

قال رحمه الله : ولو امتنع من أخذ حقه ، ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري ، كان من مال البائع على الاظهر .

اقول : أوجب الشيخ رحمه الله : تسليم الحق الى الامام أو نائبه ليحفظه للمستحق ، هذا مع امتناع المستحق من قبضه أو ابراء ذمة من عليه منه ، وهو

---

(١) النهاية ص٣٨٨ .

(٢) المبسوط ٢/٨٦ .

(٣) الخلاف ١/٥١٣ .

ظاهر كلام المتأخر، وماذكره المصنف في المتن مذهب الشيخ في النهاية[١] وعليه الاكثر . والحق ماقاله في المبسوط[٢] مع امكان الوصول الى الحاكم .

قال رحمه الله : وفي دخول المفاتيح تردد ، ودخولها أشبه .

اقول : منشؤه : النظر الى كونها منقولة ، فلا يدخل في المبيع كغيرها، ولان العقد انما وقع على الدار ، وليست المفاتيح جزءاً منها .

والالتفات الى أن تسليم المبيع واجب ،ولايتم الا بالمفاتيح ، ولقضاء العادة بدخولها .

قال رحمه الله : الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن تدخل في [بيع] الارض ، لانها من أجزائها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء الملك على مالكه ، فلا يدخل الا ما وقع عليه العقد ، وليس الا الارض .

والالتفات الى كون ذلك جزءاً منهافيدخل ،وهوفتوى الشيخ في المبسوط[٣].

واعلم أن هذا التردد ضعيف جداً ، اذ لايصدق اسم الارض على ذلك أصلا فلا يدخل قطعاً ، الا أن عادة هذا الشيخ رحمه الله التردد لمكان الخلاف ، وان لم يكن للقول الاخر وجه .

قال رحمه‌الله: فان امتنعا من التسليم أجبرا، وان امتنع أحدهما أجبر الممتنع وقيل : يجبر البائع أولا ، والاول أشبه .

---

(١) النهاية ص٣٨٨ .

(٢) المبسوط ٢ / ١٩٠ .

(٣) المبسوط ٢ / ١٠٦ .

اقول : القول الاخير مذهب الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، وأتبعه ابن البراج .

والقول الثاني ظاهر كلام أبي علي . وانما كان أشبه ، لان حال ماينتقل المبيع الى المبتاع ينتقل الثمن الى البائع .

قال رحمه الله : والقبض هو التخلية ـ الى قوله : والاول أشبه .

اقول : انما كان أشبه ، لانه قد استعمل في التخلية اجماعاً ، فلايستعمل في غيرها ، دفعاً للاشتراك والمجاز اللذين هما على خلاف الاصل .

قال رحمه الله : ولو نقصت قيمة المبيع بحدث فيه قبل قبضه ،كان للمشتري رده ، وفي الارش تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في صورة حصول تلف المبيع جميعاً قبل القبض ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولاً بها فيما عداه وهو فتوى الشيخ في الخلاف[٣]، وقواه المصنف في النكت .

والالتفات الى أن الممتنع جميعاً مضمون على البائع فكذا بعضه ، لاستلزام الكل جزؤه . وعلى هذا الدليل ذكره العلماء في سور السالبة الجزئية والمهملة أيضاً ليس هذا موضع ذكره . وأجابوا عنه بجواب شاف .

قال رحمه الله : وان لم يكن له قسط من الثمن ـ الى آخره .

أقول : هذه المسألة تدل على أنه يختار أن لاأرش فيما يحدث بعد البيع وقبل القبض .

قال رحمه الله : لو باع شيئاً فغصب ـ الى قوله : ولايلزم البائع أجرة المدة

---

(١) المبسوط ٢/١٩٠ .

(٢) الخلاف ١/٥٩٨ .

(٣) الخلاف ١/٥٩٨ .

على الاظهر .

أقول: منشأ الخلاف في هذه المسألة : من كون المبيع مضموناً على البائع الى حين تسليمه الى المشتري ، فيجب عليه ضمان المنفعة ، لانها تابعة لضمان العين ، وهو المراد بالاجرة . ومن أصالة البراءة، ولان الغاصب هنا مباشر، فيكون الضمان عليه فقط .

قال رحمه‌الله: من ابتاع شيئاً ولم يقبضه كره له بيعه ـ الى قوله: والاول أشبه.

أقول : القول الاول مذهب شيخنا المفيد قدس الله روحه والشيخ ، عملا بالاصل،وتنزيلا للروايات على الكراهية، لمعارضتها عموم القرآن ومنافاتها الاصل.

والقول الثاني ذكره في المبسوط[1] مدعياً للاجماع .

قال رحمه الله : وكذا لو دفع اليه مالا ـ الى قوله : وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله ، وتبعه ابن البراج ، بناءاً على أن الشخص الواحد لايجوز أن يكون موجباً قابلا ، وهي قضية ممنوعة ، وشيد المنع التمسك بمقتضى الاصل .

قال رحمه الله : ولو باعه أرضاً على أنها جربان معينة وكانت أقل ، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وأخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : [بل] بكل الثمن . والاول أشبه .

أقول : ان كان للبائع أرض بجنب تلك الارض ، وجب عليه أن يوقته تمام ماباعه منها ، تعويلا على رواية عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه‌السلام[2]. وفيها ضعف لضعف سندها .

---

(١) المبسوط ٢ / ١١٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧ / ١٥٣ ، ح٢٤ .

والقول الثاني ذهب اليه الشيخ في المبسوط ، وتبعه ابن البراج ، لان العقد انما وقع على هذا الثمن ، فلايجوز نقضه للاية ، ويؤيده الاصل والاستصحاب .

وتقريره أن هذا الثمن كان ثابتاً في ذمة المشتري قبل ظهور النقض فكذا بعده عملا بالاستصحاب . والاول أشبه عند المصنف ، لاعتماده على الرواية،واعتضاده بالاصل الدال على براءة الذمة ، ترك العمل به في صورة عدم ظهور النقصان ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

قال رحمه الله : وكل مايشترطه المشتري على البائع ـ الى آخره .

اقول : قال الجوهري: تأشير الاسنان تحزيزها وتحديدأطرافها يقال: بأسنانه أشر وأشر ، مثال شطب السيف وشطبه[1]. والزجج دقة الحاجبين وطولها ، قال الشاعر :

اذا ما الغانيات خرجن يوماً وزججن الحواجب والعيونا

قال الجوهري : أي وكحلن العيونا ، كما قال الاخر :

* وعلفتها تبناً وماءاً بارداً *[2]

قال رحمه الله : وتثبت التصرية في الشاة قطعاً ، وفي الناقة والبقرة على تردد.

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة لزوم البيع ، ترك العمل بها فيما عداها .

والالتفات الى أن العلة المقتضية لثبوت الخيار ـ وهي فوات معظم الفائدة المطلوبة منها ، أعني : اللبن ـ موجود هنا ، فيثبت الحكم عملا بالمقتضي ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله في المبسوط[3] والخلاف[4] مدعياً للاجماع وأبوعلي ،

---

(١) صحاح اللغة ٢/٥٧٩ .

(٢) صحاح اللغة ١/٣١٩ .

(٣) المبسوط ٢/١٢٥ .

(٤) الخلاف ١/٥٥١ .

وتبعهما ابن البراج والمتأخر .

ويؤيده قوله عليه السلام « من ابتاع محفلة فله الخيار ثلاثة أيام »[١] والمحفلة تقع على الناقة والبقرة اللتين ترك حلبها ربها تدليساً، لوقوعه على الشاة من غير ترجيح.

قال رحمه الله : تحمير الوجه ووصل الشعر تدليس ، يثبت به الخيار دون الارش . وقيل : لايثبت به الخيار ، والاول أشبه .

اقول : القولان للشيخ رحمه الله تعالى . وانما كان الاول أشبه ، لان التحمير والوصل تدليس اجماعاً ، فيثبت معه الخيار كغيره .

ومستند القول الثاني التمسك بأصالة لزوم البيع ، وأصالة عدم كونه موجباً للخيار ، والاصل يخالف للدليل وقد بان .

قال رحمه الله : اذا حدث العيب ـ الى آخره .

اقول : قد سبق البحث في هذه المسألة .

قال رحمه الله : من باع غيره متاعاً ـ الى آخره .

اقول : قد تقدم أيضاً البحث في هذه .

قال رحمه الله: ويجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً . ولايجوز مع زيادة ولايجوز اسلاف أحدهما في الاخر على الاظهر .

أقول : هذا القول هو المشهور، ويؤيده قوله عليه السلام « انما الربا في النسيئة[٢]»

قال الشيخ في الخلاف : يجوز بيع بعض الجنس ببعض متماثلا يداً بيد ويكره نسيئة[٣].

وليس بصريح في الكراهية ، اذ قد يطلق على المحرم اسم المكروه ،كما

---

(١) سنن ابن ماجة ٧٥٣/٢ ، برقم : ٢٢٤٠ .

(٢) سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢ ، برقم : ٢٢٥٧ .

(٣) الخلاف ٥٢٤/١ مسألة ٦٥ .

بيناه أولا في هذا الكتاب ، وكثيراً مايستعمل هو رحمه الله ذلك في هذاالكتاب .

قال رحمه‌الله: ولو اختلف الجنسان جاز التماثل والتفاضل نقداً، وفي النسيئة تردد ، والاحوط المنع .

اقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز ، ويؤيده قوله عليه‌السلام « اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم[١] » وبه أفتى الشيخ في النهاية[٢] والمبسوط[٣]، وتبعه ابن حمزة والمتأخر .

والالتفات الى قوله عليه‌السلام « انما الربا في النسيئة » وبه أفتى شيخنا المفيد وجماعة من الاصحاب .

قال رحمه‌الله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا على الاظهر ، لتناول اسم الطعام لهما .

اقول : قد نازع المتأخر في كونهما جنساً واحداً ، وشنع تشنيعاً عظيماً . ولاالتفات الى تشنيعه، مع ورود الاخبارالصريحة الصحيحة المشهورة ، المؤيدة بعمل أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : والخلول تتبع ماتعمل منه ـ الى قوله : ويجوز التفاضل بينهما نقداً ، وفي النسيئة تردد .

اقول : قد تقدم بحث هذه .

قال رحمه‌الله : ويجوز بيع المعدود متفاضلا ، كالثوب بالثوبين ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، وفي النسيئة تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ويعضده عموم الاية .

---

(١) عوالى اللئالى ٢/٢٥٣ و ٣/٢٢١ .

(٢) النهاية ص٣٧٧ .

(٣) المبسوط ٢/٨٩ .

والالتفات الى قوله عليه‌السلام « انما الربا في النسيئة[١] » وبه أفتى جماعة من الاصحاب رضوان الله عليهم .

قال رحمه‌الله : ويثبت الربا في الطين الموزون كالارمني على الاشبه .

أقول: قال الشيخ في الخلاف : الطين الذي يأكله الناس حرام لايحل أكله ولابيعه[٢] فعلى هذا لامعنى لثبوت الربا فيه وتبعه القاضي عبد العزيز .

وقال في المبسوط : يثبت الربا في الأرمني فقط ، لانه من الموزون[٣]. واختاره المصنف .

وانما كان أشبه، لتناول أدلة تحريم الربا له، ولان مع اعتماده تحصل البراءة قطعاً ، بخلاف مالم يعتمد .

قال رحمه‌الله : وفي بيع الرطب بالتمر تردد ، والاظهر اختصاصه بالمنع ، اعتماداً على أظهر الروايتين .

اقول منشأ التردد: النظر الى الاصالة وعموم الاية، وبه‌قال الشيخ في موضع من المبسوط[٤]، واختاره المتأخرمشنعاً على الشيخ تشنيعاً لاطائل تحته ، وبه رواية عن الصادق عليه‌السلام[٥].

والالتفات الى رواية الحلبي عنه عليه‌السلام[٦]، وعليها الاكثر. والاولى ضعيفة السند فلايصح التمسك بها .

قال رحمه‌الله : اذا كانا في حكم الجنس الواحد ، وأحدهما مكيل والاخر

---

(١) سنن ابن ماجة ٢/ ٧٥٤ ، برقم : ٢٢٥٧ .

(٢) الخلاف ١/ ٥٢٦ مسألة ٦٩ .

(٣) المبسوط ٢/ ٩٠ .

(٤) المبسوط ٢/ ٩٣ .

(٥) تهذيب الاحكام ٧/ ٩٧ ، ح٢٣ .

(٦) تهذيب الاحكام ٧/ ٩٤ ، ح٤ .

موزون ، كالحنطة والدقيق ، فبيع أحدهما بالاخر وزناً جائز ، وفي الكيل تردد ، والاحوط تعديلهما بالوزن .

اقول : منشؤه : النظر الى أصل الجواز ، ويؤيده عموم الاية .

والالتفات الى أن المساواة شرط في جواز هذا البيع ولم يحصل قطعاً ولا ظاهراً ، وهو فتوى الشيخ وتبعه ابن البراج والمتأخر .

قال رحمه‌الله : بيع العنب بالزبيب جائز ـ الى آخره .

اقول: هذا الخلاف مبني على أن القياس المنصوص على علته هل هو حجة أم لا ؟ فان قلنا انه حجة ـ وهو اختيار الشيخ رحمه الله في بعض أقواله ومنقول عن شيخنا المفيد ـ لم يجز البيع ، والاجاز .

وتحقيق القولين في أصول الفقه ، فليطلب من هناك .

قال رحمه‌الله : ويثبت الربا بين المسلم والذمي على الاظهر .

اقول: للاصحاب في هذه المسألة قولان: الثبوت ، اختاره الشيخ رحمه‌الله وتبعه ابن البراج والمتأخر، عملا بعموم النهي عن الربا، وهذا جزئي من جزئياته، فيكون داخلا تحته ولان أموال أهل الذمة معصومة .

وعدمه، اختاره شيخنا المفيد وعلم الهدى وابنا بابوية، عملا بالاصل ، ترك العمل به في غيرهذه الصورة ، فيبقى معمولا بهفيها،وبه رواية[1]، والاصل يخالف للدليل ،والرواية شاذة ، فلا ينهض معارضة لعموم القرآن والروايات .

قال رحمه الله: والتقابض في المجلس شرط في صحة الصرف ، فلو افترقا قبله بطل على الاشهر.

اقول :لاأعرف مخالفاً فيهذه المسألة ، الا ابن‌بابوية فانه لايشترط التقابض في المجلس ، فلا يفتي بالبطلان،عملا بروايات ضعيفة تعارضها روايات صحيحة

(١) من لايحضره الفقيه ٣/٢٧٨ .

كثيرة مؤيدة بعمل اكثر الاصحاب .

قال رحمه الله[١]: اذا اشترى دراهم بمثلها في الذمة ـ الى قوله : ولـه المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً ، وفيما بعد التفرق تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى أصالة لزوم العقد، فلا يكون له المطالبة بالابدال ترك العمل بها في الصورة الاولى، لعدم انعقاد العقد شرعاً ، فيبقى معمولا بها في الصورة الثانية ، ولان العقد لم يتناول البدل ، فلا يكون له المطالبة ، اذ لم يثبت غيره ناقلا شرعاً .

والالتفات الى أن العقد انما وقع على دراهم صحيحة ثابتة في الذمة ولم يحصل فيكون له المطالبة بالصحيحة، وهو المراد بقوله تعالى «أوفوا بالعقود »[٢] أوجب الوفاء بالعقود ، ولا نعني بالوفاء بها الا الاتيان بمقتضاها، وهذا من جملة مقتضاها فيكون واجباً على البائع ، فكانت المطالبة بالبدل سائغة للمشتري ، وهو اختيار الشيخ وابن حمزة .

قال رحمه الله: روي جواز بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم،وهل يعدى الحكم ؟ الاشبه لا .

اقول: اعلم أن الربا ثابت في هذه المسألة، اذ هو بيع المتجانسين مع زيادة في أحدهما، وهذا المعنى موجود هنا ، لكن الاصحاب اعتمدوا في تسويغ ذلك على الرواية المروية عن الصادق عليه السلام[٣]. وهي صحيحة السند، وصاحب الوسيلة منع من ذلك، اعتماداً على عموم الاية والروايات، والمتأخر تردد في العمل بالرواية.

اذا عرفت هذا فنقول: هل يتعدى الحكم ؟ أي : هل يجوز اشتراط صياغة

---

(١) كذا في « س » وفي « م » : دام ظله.

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧/١١٠ ، ح ٧٧ .

غير الخاتم؟ الوجه لا، اقتصاراً على مورد النص، وتمسكاً بعموم الاية، وجوزه الشيخ رحمه الله . وهو ضعيف ، اذ التعدي قياس ، وهو عنده باطل ، وتوجيه المتأخر لكلام الشيخ يعطي جواز ذلك ، وضعفه ظاهر ، فالاعراض عنه جدير .

قال رحمه‌الله : أما النخل، فلايجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً، وفي جواز بيعها كذلك عامين [فصاعداً] تردد ، والمروي الجواز .

اقول : منشؤه: النظر الى الاصل الدال على جواز البيع ، ترك العمل به في الصورة الاولى ، للاتفاق على المنع فيها ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، ويؤيده عموم الاية ، والرواية المروية عن الصادق عليه‌السلام[1]، وبه أفتى صاحب المقنع[2].

والالتفات الى تحقق الغرر المنهي عنه شرعاً هنا، فلايصح البيع وعليه الاكثر حتى أن المتأخر ادعى عليه الاجماع ، ونسب القائل بذلك الى الغلط .

قال رحمه‌الله: ولو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة، قيل : لايصح، وقيل: يكره ، وقيل :يراعى السلامة والاول أظهر[3].

اقول: القول الاول مذهب الشيخ رحمه‌الله في أكثر كتبه، ومستنده الروايات.

والثانى مذهب شيخنا المفيد قدس الله روحه ، وهو القول الثاني للشيخ رحمه‌الله ، واختاره المتأخر ، ومستنده التمسك بالاصل وعموم الايات والاخبار، وبه رواية مروية عن أبي عبدالله عليه‌السلام[4]. وهوقوي ، اذفيه توفيق بين الروايات .

والثالث منقول عن سلار .

قال رحمه الله : ولو أدركت ثمرة بستان لم يجز بيع [ثمرة] البستان الاخر

---

(١) تهذيب الاحكام ٨٥/٧ ، ح٨ .

(٢) المقنع ص١٢٣ .

(٣) فى الشرائع : أشهر .

(٤) تهذيب الاحكام ٨٦/٧ .

ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصالة ، ويؤيدها عموم الاية والرواية المروية عن الصادق عليه السلام[١]، ولان أحد شروط الجواز هنا موجود ، فيصح البيع .

أما الاولى ، فلان البستان المدرك يصح كونه ضميمة ، وهي أحد الشروط المقتضية للجواز . وأما الثانية ، فاتفاقية .

والالتفات الى أن بعض المبيع مجهول ، وهومقصود بالبيع، فلايصح البيع حينئذ ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣].

قال رحمه الله : وأما الاشجار ــ الى آخره .

أقول : هذه اشارة الى ماذكره الشيخ في المبسوط[٤] من اشتراط زيادات اخر في بدو صلاح ثمرة الشجرة ، سوى ماذكره . وانما كان أشبه للاصل ، والاقتصار على مورد النقل .

قال رحمه‌الله : ولو كان التلف بعد القبض وهو التخلية ، لم يرجع على البائع بشيء على الاشبه .

أقول : للشيخ قول بالرجوع، وانماكان أشبه لقوله عليه السلام «الخراج بالضمان»[٥].

قال رحمه الله : وتملك المرأة كل أحد ، عدا الاباء وان علوا ، والاولاد وان سفلوا نسباً ، وفي الرضاع تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة جواز التملك ، خرج عنه الصورة الاولى للاتفاق عليها ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، وهو فتوى المفيد والمتأخر وقدماء

(١) تهذيب الاحكام ٨٥/٧ .

(٢) المبسوط ١١٤/٢ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/١ .

(٤) المبسوط ١١٣/٢ .

(٥) المبسوط ١٢٦/٢ .

علمائنا .

والالتفات الى قوله عليه السلام «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»[١] والتحريم المضاف الى الاعيان يفيد تحريم الفعل المقصود من تلك الذات ، وهو اختيار الشيخ والقول الاخر للمفيد .

قال رحمه الله : اذا حدث في الحيوان عيب ـ الى آخره .

أقول : قد سبق تحقيق هذا البحث .

قال رحمه الله : ولو حدث فيه بعد القبض عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار ، وهل يلزم البائع أرشه ؟ فيه تردد والظاهر لا .

اقول : منشؤه : من حيث أنه مضمون على البائع ، وضمان الجملة يستلزم ضمان الابعاض . ومن أن فوائده المشتري ، فيكون ضمانه عليه، عملا بقوله عليه السلام: الخراج بالضمان[٢].

قال رحمه الله: ولو باع الحامل، فالولد للبائع على الاظهر ، الا أن يشترطه المشتري .

اقول :هذا هو المشهور، وذهب الشيخ في المبسوط[٣] الى دخول الحمل في بيع الحامل ، بناءاً على انه جزء منها ، وتبعه ابن البراج ، ونحن نمنع ذلك .

قال رحمه‌الله : ولوقال له: الربح لنا ولاخسران عليك، فيه تردد ، والمروي الجواز .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله «المؤمنون عند شروطهم»[٤] وهذا شرط،

---

(١) عوالى اللئالى ١/٤٤ .

(٢) المبسوط ٢/١٢٦ .

(٣) المبسوط ٢/١٢٦ .

(٤) عوالى اللئالى ١/٢٣٥ و٢٩٣ و٢/٢٧٥ .

فيجب الوفاء به ، خصوصاً مع وجود الرواية المروية عن أبي الحسن موسى عليه السلام[١] بتسويغ ذلك ، وعليها فتوى الشيخ رحمه الله في النهاية[٢].

والالتفات الى أن الربح والخسران تابعان للاموال ، فلا يصح وضعهما على أحدهما دون الاخر ، اذ لاأولوية ، وهو فتوى المتأخر .

قال رحمه الله : ويكره وطيء من ولد من الزنا بالملك والعقد ، على الاظهر.

اقول : قد نازع المتأخر في جواز وطيء من ولد من الزنا ، بناءاً على أن ولد الزنا كافر . ونحن نمنع دعواه ، ونطالبه بدليل مادعاه .

قال رحمه‌الله : ولايقوم الجارية الموطوءة على الشريك بنفس الوطيء على الاصح .

اقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله أوجب التقويم بنفس الوطيء ، عملا برواية يونس عن أبي عبدالله عليه‌السلام[٣]. وهي ضعيفة السند .

وانما كان الاول أصح ، لاصالة براءة الذمة ، ولان التقويم خلاف مقتضى الاصل ، ترك العمل به في صورة الحبل ، فيبقى معمولاً به في غيرها . نعم لو كانت بكراً كان عليه أرشها ، وهو مابين قيمتها بكراً وثيباً .

وفي هذه المسألة بحث طويل أضربنا عنه خوف الاطالة .

قال رحمه الله : ويجوز اشتراط الجيد والردي ، ولو شرط لم يصح لتعذره وكذا لو شرط الارده ، ولو قيل في هذا بالجواز كان حسناً ، لامكان التخلص .

اقول: القول الاول مذهب الشيخ رحمه‌الله في المبسوط[٤]. والثاني خرجه

---

(١) تهذيب الاحكام ٧/٧١ ، ح١٨ .

(٢) النهاية ص٤١١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧/٧٢ ، ح٢٣ .

(٤) المبسوط ٢/١٧٥ .

المصنف رحمه الله، لامكان التخلص بدفع الرديء ، اذ هو أعلى صفة من الاردى ضرورة ، فيجب قبوله على المشترى .

قال شيخنا دامت فضائله: هذا القول ليس بجيد ، لان الشيخ رحمه‌الله لم‌يبطله من حيث تعذر التسليم ، بل من حيث الجهالة ، فان الارده لاينضبط بالوصف ، فلهذا المعنى أبطله الشيخ خصوصاً وقد بين رحمه الله ذلك، فقال: لو شرط الاجود والاردء لم يصح ، لانه لايوقف عليه .

قال رحمه الله : وفي جواز الاسلاف في الجلود تردد ، وقيل : يجوز مع المشاهدة ، وهو خروج عن السلم .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله تعالى « وأحل الله البيع »[1] وهذا جزئي من جزئياته ، فيدخل تحته .

والالتفات الى أن الجلود مما لايمكن ضبطها بالوصف، لاختلاف خلقته، فلا يصح السلم فيها ، وهو أحد قولي الشيخ .

وأما التفصيل فشيء ذكره الشيخ رحمه الله، وهومروي عن أهل البيت عليهم السلام وهو خارج عن موضع النزاع ، اذ السلم ابتياع مال مضمون الى أجل معلوم كما حده المصنف .

قال رحمه الله : وفي الاسلاف في جوز القز تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل والاية .

والالتفات الى أن جوز القز مشتمل على مالايصح بيعه ، فلا يصح بيعه . أما الاولى ، فلانه مشتمل على الدود الذي لايصح بيعه . أما حياً فلانه لامنفعة فيه بل يفسده، لانه يقرض القز ويخرج منه . وأما ميتاً ، فللنهي عن بيع الميتة وللاولوية. وأما الثانية فظاهرة ، اذ التقدير أن الاسلاف وقع على القز المشتمل على الدود .

---

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

لايقال: لولم يجز الاسلاف في ذالك ، لم يجز الاسلاف في الثمرة المشتمل على النوى ، والتالي باطل اجماعاً. فالمقدم مثله. بيان الشرطية: أن اشتمال البيع على مالايصح بيعه ان كان مانعاً من انعقاد البيع على المجموع كان مانعاً في الموضعين وان لم يكن مانعاً جاز البيع في الموضعين ، اذ التقدير أنه لايبايع نواه .

لانانقول : نمنع عدم صحة بيع النوى ، وماالدليل على ذلك ؟ سلمنا لكن النوى وان لم يكن فيه منفعة ، فانه لامفسدة فيه فافترقا ، فبطل القياس .

قال رحمه الله: ولايشترط ذكرموضع التسليم على الاشبه، وان كان في حمله مؤونة .

اقول : أوجب الشيخ رحمه الله في الخلاف[1] والمبسوط[2] ذكر موضع التسليم ، ان كان لنقل المسلم فيه أجرة ، عملا بالاحتياط ، اذ مع ذكره يحكم بالصحة قطعاً، بخلاف مالولم يذكر، وأتبعه ابن حمزة، وأنكره المتأخر، ورجحه المصنف ، لاستناده الى أصالة البراءة .

قال رحمه الله : ولو دفع خمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع ، وبطل فيما قابل الدين ، وفيه تردد .

أقول : هذا التردد مبني على أن ثمن المسلم فيه هل يجوز أن يكون من دين على المسلم اليه أم لا، فان قلنا بالجواز صح في الجميع، والاصح في المقبوض ويبطل في الباقي .

قال رحمه الله : اذا تقايلا ــ الى قوله : وفيه وجه آخر .

اقول: الذي سمعت[3] من شيخنا وقت القراءة عليه أن المراد بالوجه الاخر هنا عدم صحة التقايل لفقد العوض المتقايل عليه .

---

(١) الخلاف ٥٩٣/١ مسألة ٩ من كتاب السلم .

(٢) المبسوط ١٧٣/٢ .

(٣) في «س» : سمعته .

قال رحمه الله : لايجوز للملوك أن يتصرف في نفسه ـ الى قوله: وكذا لو أذن له المالك أن يشتري لنفسه، وفيه تردد، لانه يملك وطىء الامة المبتاعة مع سقوط التحليل في حقه .

اقول : اذا أذن المولى لمملوكه في الشراء لنفسه هل يملك بذلك؟ تردد فيه المصنف ، ومنشؤه : النظر الى عموم قوله تعالى « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شيء »[1] وقد عرفت فيما مضى أن النكرة في سياق النفي يعم .

وفي الاستدلال بهذه الاية تعسف، اذ لايلزم من نفي القدرة على بعض المماليك نفيها عن الجميع ، وهو ظاهر .

ويمكن أن يقال: التمليك حكم شرعي ، فيقف على اذن الشرع ولاأذن هنا ، فلا ملك . واعتذر بعضهم بأن النكرة يعم لعدم مرجح فيخصصها ببعض المماليك دون بعض ، فاما أن يكون عامة للجميع وهو المطلوب ، أو لا يتناول أحداً ، وهو باطل قطعاً . وفيه ضعف ظاهرة .

والالتفات الى أنه يستبيح وطىء الامة المأذون له في ابتياعها لنفسه،ولا شيء من الاسباب المبيحة للوطىء موجودة هنا الا التملك ، فيلزم القول به .

أما الاولى ، فلان الاسباب المقتضية للاستباحة العقد ، وهو منتف هنا ، والتحليل، وهو منتف أيضاً ، لافتقاره الى اللفظ الدال عليه، فلم يبق سوى الملك.

وأما الثانية، فظاهرة، لاستحالة وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بدون لازمه ولو قيل بالمنع من الوطىء أصلا ـ الامع صريح الاذن ـ كان وجهاً ، ولقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا ، اذ الاذن في الشراء مستلزم للاذن في الوطىء، وهذا انما يتأتى على قول من لم يجعل التحليل لفظاً معيناً .

قال رحمه الله:ويسمع دعوى الراهن لوادعى المواطاة على الاشهاد ويتوجه

---

(١) سورة النحل : ٧٥ .

اليمين على المرتهن ، على الاشبه .

أقول: منشأ الخلاف في هذه المسألة : من أن ظاهر اقراره مكذب لدعواه فلايسمع ، ومن قضاءِ الظاهر بما يدعيه فيسمع .

قال رحمه الله : ولايجوز تسليم المشاع الابرضا شريكه ، سواء كان ممايتقل أو لاينقل ، على الاشبه .

أقول : ذهب بعض علمائنا الى جواز تسليم المشاع بدون اذن الشريك اذا كان مما لاينتقل ، لانتفاء التصرف في مال الشريك الاخرحينئذ ، اذ التسليم هنا هوالتخلية فقط، والحق أنه لايجوز، وانتفاءِ التصرف فيمالالشريك هناممنوع .

قال رحمه الله: وفي رهنالمدبرتردد ، والوجه أن رهن رقبته ابطال لتدبيره.

اقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله ﷺ« الناس مسلطون على أموالهم»[1] والمدبر مال فيصح رهنه .

والالتفات الى أن رهنه تعريض لابطال التدبير ، فلايصح .

واعلم أن التدبير وصية يجوز الرجوع فيها اجماعاً منا، فانقصد برهن رقبته فسخ التدبير بطل التدبير وصح الرهن قطعاً .

وان لم يقصد الفسخ ، فاشكال ، ينشأ : من أن نفس الرهن رجوع ، اذ فيه تسلط على البيع ، فيصح الرهن ويبطل التدبير ، ومن أنه لم يقصد الرجوع ، فبطل الرجوع ، ويكون التدبير باقياً على صحته للاستصحاب .

قال رحمه الله: ولو رهن الذمي عند مسلم خمراً لم يصح ، ولو وضعها على يد ذمي على الاشبه .

---

(١) عوالي اللئالي ١/٢٢٢ و ٤٥٧ و ٢/١٣٨ و ٣/٢٠٨ .

اقول : ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] يقتضي الجواز مع وضعها على يد الذمي ،وليس بجيد ، لان الذمي هنا وكيل للمسلم ، وكما لايصح منه الارتهان مباشرة فكذا استنابة لانه أولى .

قال رحمه الله : ويصح رهن العبد الجاني خطأ ، وفي العمد تردد .

اقول : البحث في هذه قريب من البحث في مسألة بيعه وقد سبق .

قال رحمه الله: واذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أولغيره أو وضع الرهن على يد عدل معين لزم ، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة ، على تردد.

اقول : منشؤه: النظر الى أن الوكالة عقد جائز من الطرفين قبل الشرط اجماعاً منا ، فيجوز للراهن فسخها ، اذ الاصل بقاء ماكان عليه .

والالتفات الى قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»[٣]ولانه شرط حصل في عقد لازم ، فلايجوز فسخه،كغيره من الشروط الواقعة في العقود اللازمة ، وعليه الشيخ وأتباعه .

قال رحمه الله: والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء، سواءكان الراهن حياً أو ميتاً ، على الاشهر[٤].

اقول: ذهب بعض علمائنا الى أن المرتهن مساو لغيره من الغرماء في استيفاء دينه من الرهن اذا كان الراهن ميتاً وكانت التركة قاصرة عن أداء الديون ، وليس بجيد .

لنا ـ أن الرهن وثيقة لدين المرتهن ، ولان حقه أسبق فيكون أولى .

قال رحمه الله : وفي صحة عتق الراهن مع الاجازة تردد ، والوجه الجواز.

---

(١) المبسوط ٢/٢٢٣ .

(٢) الخلاف ١/٦١٣ ، مسألة ٥٢ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٣٥و٢٩٣و٢/٢٧٥و٣/٢١٧ .

(٤) في « س »: الاظهر .

أقول: منشؤه : النظر الى أن العتق نوع تصرف ، فيكون منهياً عنه ، والنهي يدل على الفساد في العبادات ، ولاتؤثر فيه الاجازة اللاحقة لتأخرها عنه ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[١] .

والالتفات الى أن المانع من العتق انما هو تعلق حق المرتهن به ، فاذا أسقط حقه ارتفع المانع ، وبه أفتى في النهاية[٢] . أما لوسبق الاذن على العتق ، صح قولا واحداً .

قال رحمه الله : وفي صحة عتق المرتهن مع اجازة الراهن تردد ، والوجه المنع ، لعدم الملك مالم يسبق الاذن .

أقول: منشؤه : النظر الى أن شرط صحة العتق سبق الملك ولم يحصل فيكون العتق باطلا .

والالتفات الى أن الاجازة اللاحقة دالة على الرضا بالعتق ، فيكون صحيحاً .

قال رحمه الله : ولو حملت الشجرة أو الدابة أو المملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالاصل على الاظهر .

أقول : اختلف آراء الاصحاب هنا ، والذي اختاره المصنف مذهب الشيخ في النهاية[٣] ، واختار في نكت النهاية أنه لايدخل ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥]، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله: ولايدخل الزرع ولاالشجر ولاالنخل في رهن الارض، ولوقال بحقوقها دخل ، وفيه تردد .

---

(١) المبسوط ٢٠٦/٢ .

(٢) النهاية ص٤٣٣ .

(٣) النهاية ص٤٣٤ .

(٤) المبسوط ٢٤١/٢ .

(٥) الخلاف ٦١٥/١ .

اقول: منشؤه: النظر الى أصالة عدم الرهن، ترك العمل بها في رهن الارض لوجود اللفظ الدال على رهنها ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، ولان عقد الرهن انما تناول الارض فقط ، وليس الزرع والنخل والشجر جزءاً منها. والالتفات الى ظاهر الرواية[١] .

قال رحمه الله : ولو رهن من مسلم خمراً لم يصح، فلو انقلب في يده خلا فهو له على تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أن هذا الخل هو الخمر بعينه ، وانما امتاز عنه بأوصاف عارضة له ، فيكون للراهن أخذه ، لقوله عليه السلام «من وجد عين ماله كان له أخذها»[٢].

والالتفات الى أن الخمر لايدخل في ملك المسلم ،بمعنى أنه لايصح له التصرف فيه ببيع أوهبة أو غير ذلك، فاذا رهنه خرج عن ملكه وصار كالمباح يملكه المرتهن باجازته له ، وهو فتوى الشيخ .

وفي هذا الوجه ضعف ظاهر ، فاذن الوجه الاول هو المعتمد .

قال رحمه الله :ولو أقر المفلس بعين دفعت الى المقر له ، وفيه تردد، لتعلق حق الغرماء بأعيان أمواله .

اقول :منشؤه : النظر الى قوله عليه السلام «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[٣] .

والالتفات الى أن حق الغرماء قد تعلق شرعاً بأعيان ماله، فلايسمع اقراره لما فيه من تضييع الحقوق الثابتة شرعاً .

قال رحمه الله : ومن وجد عين ماله كان له أخذها ، ولولم يكن سواها .وله

(١) تهذيب الاحكام ٧/١٧٣ .

(٢) المعجم المفهرس لالفاظ الحديث النبوى ٤/٤٥٤ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان وفاء أو لم يكن على الاظهر .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية[١] والاستبصار[٢] الى عدم الاختصاص مع قصور أمواله عن أداء ديونه ، لما فيه من الاضرار بباقي الغرماء ، والاول مذهب الاكثر .

لنا ـ قوله عليه‌السلام : من وجد عين ماله كان له أخذها[٣].

قال رحمه الله : ولو كان النماء متصلا ، كالسمن أو الطول ، فزادت لذلك قيمته ، قيل : له أخذه ، لان هذا النماء يتبع الاصل ، وفيه تردد .

اقول : القائل بهذا القول هو الشيخ أبو جعفر رضي الله عنه في المبسوط، لان النماء المتصل تابع للاصل ، أي : ينتقل بانتقاله .

وأما منشأ التردد : فالنظر الى ان الزيادة حصلت في ملك المشتري اجماعاً فتكون له كالنماء المنفصل ، ولقوله عليه‌السلام « الخراج بالضمان »[٤] فحينئذ يتخير البائع بين أخذه بقيمته، ويرد على الغرماء الفاضل من القيمة عن الثمن . وبين الضرب مع الغرماء ، كما اختاره أبو علي .

والالتفات الى أن النماء المتصل[٥] تابع في أكثر صور الانتقالات ، فيكون تابعاً هنا ترجيحاً للاغلبية .

قال رحمه الله : الوصف الثاني ـ الرشد ، وهو أن يكون مصلحاً لماله ، وهل يعتبر العدالة ؟ فيه تردد .

---

(١) النهاية ص ٣١٠ .

(٢) الاستبصار ٣ / ٨ .

(٣) المعجم المفهرس لالفاظ الحديث النبوى ٤ / ٤٥٤ .

(٤) عوالى اللئالى ١ / ٢١٩ .

(٥) في «س» : المنفصل .

اقول : منشؤه : اختلاف التفسير في الرشد المذكور في الاية ، فان بعض المفسرين فسره باصلاح المال والعدالة، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[١]، وبعضهم فسره باصلاح المال فقط ، وعن ابن عباس انه الوقار والحلم والعقل .

قال رحمه الله : ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات ، ليعلم قوته على المكايسة في المبيعات .

اقول: المكايسته بالياء المنقطة من تحتها نقطتين المغالبة .

قال الجوهري :كايسة فكسته أي : غلبته ، وهو يكايسه في البيع[٢] .

قال رحمه الله : لايثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم ، وهل يثبت في السفيه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لايثبت .

اقول: منشؤه: النظر الى كون الحجر حكماً شرعياً، فيقف على اذن الحاكم كغيره من الاحكام ،وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٣] .

والالتفات الى أن تحقق السبب الموجب للحجر وهو السفه .

قال رحمه الله: ولو أودعه انسان وديعة فأتلفها، فيه تردد، والوجه أنه لايضمن.

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان المودع أتلف ماله بايداعه السفيه ، فلايستحق عليه شيئاً ، كما لو أودعه الصبي والمجنون .

والالتفات الى كونه مباشراً للاتلاف ، فيجب عليه الضمان كغيره .

قال رحمه الله: اذا حلف السفيه انعقدت يمينه، ولو حنث كفر بالصوم ، وفيه تردد .

اقول : لاخلاف في انعقاد يمينه مع الاولوية ، أو تساوي الطرفين . وانما

---

(١) المبسوط ٢ / ٢٨١ .

(٢) صحاح اللغة ٢ / ٩٧٠ .

(٣) المبسوط ٢ / ٢٨٦ .

الاشكال في الاقتصار على الصوم مع الحنث الذي تجب به الكفارة .

اذا عرفت هذا فنقول: منشأ التردد: النظر الى كونه ممنوعاً من التصرف في أمواله ، فلايجوز له التكفير بغير الصوم .

والالتفات الى أن كل واحد من خصال الكفارة مأذون في فعله شرعاً، فيجوز له التكفير به، ونمنع عموم المنع من التصرف في المال ، بل انما نمنع من انفاق المال في غير الاعراض السديدة .

قال رحمه الله : ولاعبرة برضا المضمون عنه، لان الضمان كالقضاء، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل ، على الاصح .

اقول : قال الشيخ في النهاية : متى تبرع الضامن بالضمان وقبل المضمون له ذلك، صح الضمان وبرأت ذمة المضمون عنه، الا أن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرع ويكون الحق باقياً على أصله ، لم ينتقل عنه بالضمان[١].

وهو فتوى شيخنا المفيد، وتبعهما ابن البراج وابن حمزة، وانما كان الاول أصح لوجوه :

الاول : أن الضمان يجري مجرى القضاء ، فلو قضى الاجنبي دين الغريم ورضي المدين ، برأت ذمة المدين اجماعاً ولم يكن له رده ، فكذا هنا .

الثاني : أن علياً عليه السلام ضمن عن الميت ولو كان رضي المضمون عنه معتبراً لما صح هذا الضمان . وفيه نظر ، لاحتمال الاختصاص بالميت .

الثالث : الضمان ناقل عندنا، فاعادة المال الى ذمة المضمون عنه بعد انتقاله الى ذمة الضامن يحتاج الى دليل شرعي .

قال رحمه الله : والضمان المؤجل جائز اجماعاً ، وفي الحال تردد ، أظهره الجواز .

---

(١) النهاية ص ٣١٤ .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[١]، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن الضمان عقد شرع للارفاق ، ولا ارفاق في الحال ، وبه أفتى الشيخ في النهاية[٢]، ولقائل أن يمنع المقدمتين .

قال رحمه الله: الثاني- في الحق المضمون، الى قوله:وكذا ماليس بلازم لكن يؤول الى اللزوم ، كمال الجعالة قبل فعل ماشرط ، وكمال السبق والرماية على تردد .

اقول: منشؤه: النظر الى كون الجعالة عقداً جائزاً من الطرفين قبل الشروع فلا يصح ضمان مالها، اذ هو ضمان مالم يجب، وبه أفتى الشيخ في الخلاف[٣].

والالتفات الى الاية ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم[٤]» ولان في الضمان مصلحة مقصودة للعقلاء لايمكن حصولها الا بـه ، فيكون مشروعاً ، لقوله عليه السلام « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[٥] وبه أفتى الشيخفي المبسوط[٦].

وأما عقد السبق والرماية ، فان قلنا انه عقد لازم كالاجارة ، صح ضمان ماله وان قلنا انه جائز كالجعالة ، كان البحث فيه كالبحث في الجعالة .

قال رحمه الله : وفي ضمان الاعيان المضمونة ، كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد ، والاشبه الجواز .

اقول: منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل، ولان في الضمان مصلحة مقصودة

---

(١) المبسوط ٢ /٣٢٣ .

(٢) النهاية ص ٣١٥ .

(٣) الخلاف ١ /٦٣٩.

(٤) سنن ابن ماجة ٢/٨٠٤ برقم : ٢٤٠٥ .

(٥) عوالي اللئالي ١/٣٨١ .

(٦) المبسوط ٢/ ٣٢٥ .

فيكون مشروعاً ، اذ الاحكام تابعة للمصالح عندنا ، ولانها أعيان مضمونة فيصح ضمانها .

والالتفات الى كونها غير ثابتة في الذمة، اذ الواجب تسليمها فقط، فلا يصح ضمانها ، اذ معناه انتقال المال من ذمة الى أخرى ، وهذا المعنى غيرمتحقق هنا.

قال رحمه الله: ولايشترط العلم بكمية المال،فلوضمن مافي ذمته ، صح على الاشبه .

اقول : ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] والخلاف[2] الى اشتراط العلم بكمية المال المضمون، دفعاً للغرر والجهالة، وتبعه ابن البراج في المهذب والمتأخر ، ولم يشترطه في النهاية[3] ، عملا بالاصل ، وعليه الاكثر .

قال رحمه الله: اذا ضمن عهدة الثمن ، لزمه دركه ـ الى قوله : أمالو طالب بالارش رجع على الضامن ، لان استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه: النظر الى أصالة براءة الذمة، ولانضمان عهدة الثمن عبارة عن الالزام باداء الثمنمع خروج المبيع مستحقاً، وهذا المعنى غيرموجود هنا .

والالتفات الى أن دفع الثمن في مقابلة المبيع يقتضي تقسطه علـى جميع أجزائه، فاذا ظهربه عيب سابق تبينا أنبعض الثمن لم يكن مستحقاً للبائع، فيكون له الرجوع على الضامن .

قال رحمه الله : اذا كان الدين مؤجلا، فضمنه حالا، لم يصح، وكذا لو كان الى شهرين ، فضمنه الى شهر ، لان الفرع لايرجح على الاصل ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الصحة ، ولاشتماله على المنفعة المقصودة للعباد .

---

(١) المبسوط ٣٢٣/٢ .

(٢) الخلاف ٦٣٨/١ .

(٣) النهاية ص ٣١٦ .

والالتفات الى أن الضامن فرع على المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون المال عليه أثقل مما كان على المضمون عنه ، اذ فيه ترجيح الفرع على الاصل ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[١]، ولما ضعف هذا الوجه ظاهراً، كان الاعراض عنه حقيقاً .

قال رحمه‌الله: ويبرأ المحيل وان لم يبرأه المحتال ، على الاظهر .

أقول: اشترط الشيخ في براءة ذمة المحيل ابراء المحتال، عملا بالرواية[٢] وعليه دل ظاهر كلام الاكثر ، ولم يعتبر المتأخر ذلك ، لان الابراء اسقاط مافي الذمة ، وبالحوالة قد حصل سقوط مافي الذمة ، فلا معنى لاشتراط الابراء ، اذهو تحصيل للحاصل ، وأنه محال .

قال رحمه الله : ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً، تفصياً من التسلط على المحال ، اذ لايجب أن يدفع الامثل ما عليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الاشتراط .

والالتفات الى أن في عدم اعتبار تساوي الحقين تسلطاً على المحال عليه والاضرار به ، فيكون منفياً بالاية والرواية ، فيكون التساوي معتبراً ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٣]، وأتبعه ابن البراج وابن حمزة . وهو ضعيف ، لانا نعتبر في صحة الحوالة رضا المحال عليه ، ومع رضاه بذلك يندفع هذا المقال .

قال رحمه الله : اذا قال أحلتك عليه فقبض، وقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال : انما أحلتني بمالي عليك فالقول قول المحيل ، لانه أعرف بلفظه وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى ظاهر اللفظ، فيكون القول قول المحتال، لاستناده

---

(١) المبسوط ٢ / ٣٢٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦ / ٢١٢ .

(٣) المبسوط ٢ / ٣٣٧ .

الى الظاهر .

والالتفات الى أن المتكلم أعرف بكلامه وقصده ، فيكون القول قوله عملا بقوله عليه السلام « وانما لامرىء مانوى »[١]

قال رحمه‌الله : اذا أحال المشتري البائع بالثمن ، ثم رد المبيع بالعيب السابق ، بطلت الحوالة ، لانها تتبع البيع ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى كون الحوالة عقداً، فيجب الوفاء بها. أما الصغرى فلان العقد اسم للايجاب والقبول ، ولابد من اعتبارهما فيها ، وان وقع الخلاف في اعتبار رضا المحال عليه . وأما الكبرى ، فلقوله « أوفوا بالعقود[٢]» .

والالتفات الى كونها تابعة للبيع هنا ومرتبة عليه وقد بطل بالرد ، فيبطل ، لاستحالة وجود التابع من حيث أنه تابع بدون المتبوع .

قال رحمه الله : وتصح الحوالة حالة ومؤجلة على الاظهر.

اقول : قال الشيخ رحمه‌الله في النهاية: ولايصح ضمان مال ولانفس الابأجل معلوم[٣]. والحق الجواز ، عملا بأصالتي الجواز وعدم الاشتراط ، وهو اختياره في المبسوط[٤]، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله : ولوقال: ان لم أحضره كان علي كذا ، لم يلزمه الا احضاره دون المال . ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره ، وجب عليه ما شرط من المال .

أقول :حرف الشرط مقدم على الجزاء طبعاً ، وتقديم الجزاء عليه لفظاً جائز

---

(١) تهذيب الاحكام ٤ /١٨٦ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) النهاية ص٣١٥ .

(٤) المبسوط ٢/٣٣٩ .

لكنه لايخل بالمعنى ، لانه مؤخر تقديراً .

اذاعرفت هذافنقول: الفارق فيهذه المسألة ليس تقديم حرف الشرط وتأخيره كما زعم من يزعم انه ناقد خريت ، بل الفارق مستفاد من الخبر المتلقى بالقبول المأثور عن أبي عبدالله عليه السلام[1].

قال رحمهالله : اذا تكفل بتسليمه مطلقا ، انصرف الى بلد العقد ، وان عين موضعاً لزم ، ولو دفعه في غيره لم يبرأ . وقيل : اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر وجب تسلمه ، وفيه تردد .

أقول : القائل هو الشيخ رحمهالله في المبسوط[2]، وتبعه ابن البراج .

ومنشأ التردد : النظر الى اصالة براءة الذمة من وجوب التسليم، ترك العمل بها في صورة تسليمه في الموضع المشروط تسليمه فيه ، فيبقى معمولاً بها فيما سواها ولان تسليمه في غير الموضع المعين ليس حقاً له ، فلايجب عليه قبوله .

والالتفات الى أن في ذلك احساناً بالكفيل وارفاقاً به ، ولاضرر على المكفول فيه ، فيكون تسلمه واجباً . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى ، فلعموم قوله «وأحسنوا»[3] وغيرذلك من الايات الدالة على الامر بمساعدة الاخوان والارفاق بهم .

قال رحمه الله : لاتصح كفالة المكاتب ، على تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصل الصحة .

والالتفات الى أن صحة الكفالة بالنفس تابعة لصحة الكفالة بالمال الذي في ذمة الكفيل، وضمان المال الذي في ذمة المكاتب لسيده لايصح، فكذا كفالته على

---

(١) تهذيب الاحكام ٦ / ٢١٠ .

(٢) المبسوط ٢ / ٢٣٨ .

(٣) سورة البقرة:١٩٥.

تسليمه ، وهـو اختيار الشيخ في المبسوط[1]. ولقائل أن يمنع صحة ضمان المال عنه ،كمااختاره المصنف رحمه الله .

قال رحمه الله : ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ، ولم يكن فرعاً للبيع . ولايعتبر فيه مايعتبرفي الصرف على الاشبه .

اقول: هذه المسألة يبنىعلى أن الصلح هل هوعقد قائم بنفسه ، أوفرعاً على غيره . فان قلنا بالاول ، وهو الذي قواه الشيخ رحمه الله في المبسوط[2]، وعليه أكثر الاصحاب، لميعتبر في هذه المسألة مااعتبرفيالصرف من وجوب التقابض في المجلس .

وان قلنا بالثاني ، وهـو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[3]، حيث أورد مسألة دالة على ذلك، أعتبرفائدة الذين قالوا: ان الصلح فرع على غيره ، فالولاية فرع على خمسة عقود : البيع والاجارة والابراء والعارية والهبة .

قال رحمهالله: ولوأتلف علىرجل ثوباً قيمته درهم، فصالحه عنهعلىدرهمين صح على الاشبه ،لان الصلح وقع عن الثوب لاعن الدرهمين .

اقول : ذهب الشيخ في الخلاف[4] الى بطلان هـذا الصلح ، بناءاً عـلى قاعدته ، فيفضي الى الربا حينئذ ، اذ هو بيع درهم بدرهمين .

ولما اخترنا القول الثاني لاجرمكان هذا الصلح عندنا صحيحاً ، وهو اختيار المتأخر وقوله في المبسوط[5]، والمصنف سلم القاعدة ومنع ثبوت الربا حينئذ، لان الصلح انما وقع عن الثوب دون الدرهم .

---

(١) المبسوط ٢/٣٤٠.

(٢) المبسوط ٢/٢٨٩.

(٣) الخلاف ١/٦٣٣.

(٤) الخلاف ١/٦٣٣ مسألة ١٠ .

(٥) المبسوط ٢/٢٩٠ .

قال رحمه‌الله : يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة ، ولو عارض فيها مسلم ، على الاصح .

اقول : أوجب الشيخ رحمه الله القلع مع معارضة واحد من المسلمين ، اذ الطريق حق لجميع المسلمين، فلايجوز الانتفاع بها مع انكار أحدهم كغيرها من الحقوق .

والحق أن القلع لايجب ، عملا بالاصل ، اذ الطريق غير مملوكة ، فلايكون مشتركة ، بل انما يملك منافعها ، أعني : الاستطراق والجلوس غير المضر ، وهي المشتركة بينهم .

قال رحمه‌الله : ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل : لايصح ، لانه افراد الهواء بالبيع ، وفيه تردد .

اقول : هذا الخلاف مبني على الاختلاف في عقد الصلح ، فان جعلناه فرعاً لم يصح ، والاصح .

قال رحمه الله : اذا التمس وضع جذوعه ـ الى قوله : اما لو انهدم ، لم يعد الطرح الا باذن مستأنف ، وفيه قول آخر .

اقول : القول الاخر جواز الاعادة، لان له الاستدامة فجاز له الاعادة لتساويهما

قال رحمه الله : اذا خرجت أغصان الشجر ـ الى قوله : ولو صالحه على ابقائه في الهواء ، لم يصح على تردد .

اقول : البحث في هذا التردد ، كالبحث في التردد السابق ، وقد سلف .

قال رحمه الله : لاتصح الشركة بالاعمال ، كالخياطة والنساجة ، نعم لوعملا معاً لواحد بأجرة ، ودفع اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما ، تحققت الشركة في ذلك الشيء . ولا بالوجوه ، ولا شركة المفاوضة ، وانما تصح بالاموال .

اقول : أقسام الشركة أربعة :

الاول : شركة الاموال ، وهي المسماة بـ« شركة العنان » قال الشيخ في المبسوط: وانما سميت بذلك، لانهما متساويان فيها،ويتصرفان فيها بالسوية بينهما كالفارسين اذا سيرا دابتهما وتساويا في ذلك ، فان عنايتهما حالة السير سواء . قال الفراء : هي مشتقة من عنّ الشيء اذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة ، أي : عرضت ، سمي به الشركة، لان كل واحد منهما يزعم أن له مشاركة صاحبه،وقيل: انها مشتقة من المعاننة ، يقال : عاننت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل واحد من الشريكين يخرج في معارضة صاحبه بماله وتصرفه، فيخرج مالا لصاحبه ويتصرف كتصرفه، فسميت بذلك كذلك ، ثم قال: وهذا الاخير أصلح ماقيل فيه[١].

وقال الجوهري في الصحاح : وشركة العنان أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، كأن عنّ لهما شيء فاشترياه فيشتركا فيه . قال النابغة الجعدي :

وشاركنا قريشاً في تقاها   وفي أحسابها شرك العنان[٢]

وحكاه المتأخر في كتابه ، وهذه الشركة هي الصحيحة عندنا ، وباقي الاقسام بالاجماع الحاصل من الطائفة على بطلانها .

الثاني : شركة الاعمال ، ويقال : انها شركة الابدان أيضاً ، وهي أن يشترك الصانعان على أن مارتفع لهما من كسبهما ، فهو بينهما على حسب مايشترطانه ، وسواء كانا متفقي الصنعة، كالنجارين والخبازين، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز.

هذا التفسير ذكره الشيخ في المبسوط[٣]، وقال المتأخر : هي الاشتراك في اجرة العمل،ومقصوده ماذكره في المبسوط . وفيه تسامح يعلم مما ذكره المصنف في المتن ، وهذا التفسير ذكره الفقيه ابن حمزة وابن زهرة في الكيفية ، وقطب

---

(١) المبسوط ٣٤٧/٢ .

(٢) صحاح اللغة ٢١٦٦/٦ .

(٣) المبسوط ٣٤٨/٢ .

الدين الكيدري .

وهي باطلة عندنا ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يصح مع الاتفاق والاختلاف ، الا في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاغتنام ، وجوز مالك في الجميع .

واحتج على بطلانها باجماع الفرقة ، وبأن العقود الشرعية تفتقر الى أدلة شرعية ، وحيث لادلالة فلا شرع ، وبأن النبي عليه‌السلام نهى عن الغرر ، وهذا غرر ، لان كلا منهما لايعلم أتلف شيئاً أم لا ، ولاقيمة المتلف .

الثالث : شركة الوجوه ، وهي أن يكون رجلان وجيهان في الشرف ولامال لهما ، فيعقدان الشركة على أن يتصرف كل منهما بجاهه في ذمته، ويكون ماارتفع لهما بينهما .

وهذا التفسير ذكره الشيخ في المبسوط[١]،وتبعه المتأخر وابن زهرة والقطب الكيدري .

وقال الغزالي في الوجيز : هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربحه ليكون له بعضه . واختاره شيخنا في القواعد[٢]. واحتج في الخلاف على بطلانها بما سبق في الاولى .

الرابع : شركة المفاوضة ، وهي أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما ذكره يعقوب بن السكيت ، ووافقه على ذلك مالك وأحمد واسحاق وأبوثور ، وصححها أبوحنيفة وسفيان الثوري والاوزاعي بشروط :

الاول : أن يكون الشريكان مسلمين .

الثاني : أن يكونا حرين .

(١) المبسوط ٢/٣٤٨ .

(٢) القواعد ١/٢٤٢ .

الثالث : اتفاق قدر المال الذي ينعقد الشركة في حقه ،كالدراهم والدنانير .

الرابع : أن يشارك كل منهما صاحبه فيما يكتسبه وان قل ، ومما يلزمه من الغرامات من غصب وكفالة بمال .

واحتج الشيخ في الخلاف[1] على بطلانها : بعدم الدليل الدال على الصحة وبأن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف على مورد الشرع ولادلالة ، فلا حكم ، ولان هذه الشروط التي ذكروها في اكتساب المال والغرامة باطلة، فلاتصح معها الشركة ولعموم النهي عن الغرر ، ولاشك في حقيقة هذا .

فـرع :

قال الشافعي : شركة المفاوضة وان كانت باطلة شرعاً ، لكن لها حكم لغة .

قال رحمه الله : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ، وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك ، برىء المشتري من حقه ، وقبلت شهادته على القابض في النصف الاخر ، وهو حصة البائع ، لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر .

ولو ادعى تسليمه الى الشريك ، فصدقه البائع ، لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن ، لان حصة البائع لم تسلم اليه ولا الى وكيله والشريك ينكره ، فيكون القول قوله مع يمينه . وقيل : تقبل شهادة البائع . والمنع في المسألتين أشبه .

اقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط[2] والخلاف[3]، واحتج عليه في المبسوط . لان شهادة البائع هنا لاتجر له نفعاً ، ولاتدفع عنه مضرة ، فيجب قبولها . أما الصغرى ، فلان البائع يقول للمشتري : حقي ثابت عليك ، ولايسقط

---

(١) الخلاف ١/٦٤٤ مسألة ٥ .

(٢) المبسوط ٢/٣٥٥ .

(٣) الخلاف ١/٦٤٧ .

بالدفع الى شريكي . وأما حق شريكي ، فلا يرجع الي منه شيء بحال أعطيته أو لم تعطه . وأما الكبرى ، فاجماعية .

واختار المصنف قبول الشهادة في الصورتين ، ولعله الانسب .

أما منع قبول شهادة الشريك على البائع ، فلانه شهد بقبض شيء يصفه له ، ولو سمعنا شهادته فيه لاثبتنا حقه على البائع بقوله ، وجوزنا له انتزاعه منه ، وهو باطل قطعاً ، والشهادة اذا منع بعضها منع سائرها ، وبه قال بعض القدماء .

وفيه نظر، فانه لايلزم من عدم سماعها في النصف المختص[1] به عدم سماعها في النصف الاخر ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[2]. وأما منع قبول شهادة البائع على الشريك ، فلما في قبول هذه من دفع الضرر عنه ، اذ مع قبول الشهادة يثبت القبض ، فيختص بما يأخذه المشتري دون شريكه .

وهذا الاختصاص انما حصل باعتبار قبول هذه الشهادة ، فتكون مردودة ، لتحقق هذه التهمة المانعة من القبول .

قال[3] رحمه الله : هل يفتقر المخير في تملك المباح الى نية التملك ؟ قيل: لا ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الاشتراط .

والالتفات الى كون التملك عملا يفتقر الى نية . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى . فلقوله عليه السلام « لاعمل الا بنية »[4].

قال رحمه الله : ولوشرط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه ،كالشجروالغنم قيل : يفسد ، لان مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد .

---

(١) في «س» : المخصص .

(٢) المبسوط ٣٥٧/٢ .

(٣) الصحيح تقدمه على «قال» ماقبله .

(٤) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

اقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط[١]، وأتبعه المتأخر .

وأما التردد ، فمنشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى كونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون باطلا . أما أنه مناف لمقتضاه ، فلان مقتضى المضاربة التصرف في رأس المال . وأما بطلانه حينئذ ، فبالاجماع ، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله: وينفق العامل في السفر كمال نفقته من أصل المال، على الاظهر.

اقول : ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[٢] الى أنه ليس للعامل أن ينفق من مال القراض ، لاسفراً ولاحضراً ، عملا بالاصل الدال على المنع ، وأفتى به في النهاية[٣] والخلاف[٤] بالاول ، مستدلا بالاجماع ، واختاره المتأخر وصاحب الواسطة .

ولو قيل : النفقة الزائدة على نفقة الحضر من أصل المال والباقي من العامل كان وجهاً ، وهو اختيار صاحب كشف الرموز .

قال رحمه الله: ومن شرط مال القراض أن يكون عيناً ، وأن يكون دراهم أو دنانير ، وفي القراض بالنقرة تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى كونها معتبرة بالقيمة ، فلا تصح المضاربة بها ، لانها كالثياب والحيوان .

والالتفات الى كونها أصلا للدراهم ، وقد جازت المقارضة بها ، فجواز المقارضة بالنقرة أولى ، لقبح ترجيح الفرع على الاصل ولاستلزامه اياه .

---

(١) المبسوط ١٩٨/٣ .

(٢) المبسوط ١٧٢/٣ .

(٣) النهاية ص٤٣٠ .

(٤) الخلاف ٦٩٨/١ مسألة ٥ .

قال رحمه الله : ويلزم الحصة بالشرط دون الاجرة ، على الاصح .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية[١] الى أن العامل ليس له من الربح شيء ، وانما له اجرة المثل على رب المال فقط ، وهواختيار شيخنا المفيد وأبي الصلاح وسلار .

والحق الاول . وهواختيار الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣] والاستبصار[٤] واختاره المتأخر .

لنا ــ وجوه : الاول : قوله تعالى « أوفوا بالعقود »[٥] وهذا عقد .

الثاني : المؤمنون عند شروطهم ، قال المتأخر : هــذا اخبار بمعنى الامر ومعناه يجب عليهم أن يوفوا بشروطهم .

الثالث : الروايات المروية عن أهل البيت عليهم السلام .

قال رحمه الله : ولابد أن يكون الربح مشاعاً ، فلوقال : خذه قراضاً والربح لي فسد ، ويمكن أن يجعل بضاعة ، نظراً الى المعنى ، وفيه تردد . وكذا التردد لو قال : والربح لك .

أقول :منشأ التردد في هاتين المسألتين : من العمل بظاهر اللفظ ، فيكون قراضاً فاسداً .

ومن الالتفات الى المعنى ، فيكون المال على التقدير الاول بضاعة وعلى الثاني قرضاً .

---

(١) النهاية ص٤٢٨ .

(٢) المبسوط ١٧١/٣ .

(٣) الخلاف ٧٠٢/١ .

(٤) الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٥) سورة المائدة : ١ .

قال رحمه الله : ولو شرط لغلامه حصة معهما ، صح عمل الغلام أو لم يعمل ولو شرط لاجنبي وكان عاملا صح ، وان لم يكن عاملا فسد ، وفيه وجه آخر .

اقول : المراد بالغلام هنا مملوك رب المال ، وبالاجنبي ماعداه . والوجه الاخر يمكن أن يقال بصحة الشرط ، عملابعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود »[1].

لكن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : اذا شرط رب المال الربح لغلامه فاما أن يكون حراً أو عبداً ، فان كان عبداً نظرت ، فان لم يكن من الغلام عمل صح قولا واحداً ، وان شرط عليه العمل فعلى وجهين . وان كان حراً أو أجنبياً ، فشرط له من الربح قسطاً ، فان لم يشترط منه العمل بطل قولا واحداً ، وان شرط العمل صح قولا واحداً[2].

قال رحمه الله: وقول العامل مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد ؟ فيه تردد أظهره أنه لايقبل .

اقول : منشؤه : النظر الى كونه مدعياً ، فلا يقبل قوله الا مع البينة ، عملا بقوله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »[3].

والالتفات الى كونه أميناً ، فيقبل قوله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[4].

فـرع :

الامناء على أقسام :

الاول : من يقبل قوله في الرد اجماعاً ، وهو كل من قبض الشيء لمصلحة مالكه فقط ، كالمودع والوكيل المتبرع .

---

(١) سورة المائدة : ١ .

(٢) المبسوط ١٦٩/٣ .

(٣) راجع عوالى اللئالى ٢٤٤/١ و٤٥٣ و٢٥٨/٢ و٣٤٥ و٥٢٣/٣ .

(٤) المبسوط ١٧٤/٣ .

الثاني: عكسه،وهو كل من قبض الشيء لمصلحته فقط ،كالمرتهن والمستأجر.

الثالث : من وقع الخلاف فيقبول قوله ، وهو كل من قبض الشيء لمصلحة مشتركة بينه وبين مالكه ، كالعامل في القراض والوكيل بجعل .

ومنشأ الخلاف : تعارض المصلحتين ، واذا تعارضتا وجب الترجيح وهو من طرفنا .

قال رحمه الله: ولومات رب المال وهو عروض ، كان له البيع ، الا أن يمنعه الوارث ، وفيه قول .

اقول: القول يمكن أن يقال:انه المنع من البيع، لانفساخ المقارضة بالموت الامع اذن الوارث .

قال رحمه الله : اذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانــه في التجارة ، احتسب التالف من الربح . وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .

اقول: منشؤه: النظر الى أصالة براءة ذمة العامل ، وعدم كون الربح وقاية لرأس المال، ترك العمل بها فيصورة التلف بعد دورانه فيالتجارة، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الىأن المال المدفوعقد صار مضاربة بنفس القبض، فيكونالربح وقاية له ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط [1]،وهذا الوجه ضعيف جداً .

قال رحمه الله: اذا قارض اثنان واحداً ــ الى قوله : وفيه تردد .

أقول:هذا الترددمبنيعلىأنه هليجوزالتفاضل فيالربحوالخسرانمعتساوي المالين ،أو التساوي فيهما مع تفاضل المالين أم لا ؟ فان قلنا بالجواز ــ كماهو مــذهب السيد المرتضى ــ صح ذلك . وان قلنا بالبطلان ــ كما هو مذهب باقي الاصحاب ــ بطل .

---

(١) المبسوط ٣/ ١٩٠ .

قال رحمه الله: ولو مضت المدة والزرع باق ،كان للمالك ازالته على الاشبه سواء كان بسبب الزارع كالتفريط ، أومن قبل الله سبحانه كتأخير المياه وتغيير الاهوية .

اقول : قـال الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] : اذا استأجر أرضاً للزراعة مدة معينة ، فامـا أن يطلق أو يعين ، فان كان الاول زرع مهما شاء ، فان زرع ما يتأخر ادراكه عن المدة المضروبة، كان للمالك منعه ابتداءاً، لحصول الضرر في قلعه انتهاءاً ، فان بادر لم يعارض الى حين انتهاء المدة ، فحينئذ يجوز القلـع . وكذا الحكم لو أخر الزرع عن أول زمان الاجارة .

أما لو انتفي الامران واتفق تأخره عن المدة بسبب اضطراب الاهوية وشدة البرد ، فهل للمالك ازالته قبل بلوغه ؟ فيه وجهان: جواز القلـع، لحصول التفريط من الزارع ، اذ كان من حقه الاحتياط في تقدير المدة .

الثاني العدم ، لمافيه من الاضرار، ولان سبب التأخير ليس من جهته، وهو الاقوى، فعلى هذا يبقيه الى وقت الادراك، وعليه أجرة تلك المدة. والبحث في المعينةكالبحث فيالمطلقة. والحق أن للمالك الازالة في جميع هذه الصور، عملا بقوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم »[2].

قال رحمه الله:وتصح المساقاة قبل ظهور الثمرة، وهل تصح بعد ظهورها؟ فيه تردد ، والاظهر الجواز ، بشرط أن يبقى للعامل عمل وان قل ، مـا يستزاد به الثمرة .

أقول : منشؤه: النظر الى أصالة الصحة ، ولان المقصود من المساقاة زيادة

---

(١) المبسوط ٢٥٧/٣ .

(٢) عوالى اللئالى ٢٢٢/١ و ٤٥٧ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

النماء، و التقدير أنه حاصل هنا، وبه أفتى الشيخ في الخلاف[١]، محتجاً بعمومات الاخبار الدالة على جواز المساقاة، من غير فرق بين حال ظهور الثمرة ولاظهورها.

والالتفات الى أن تجويز ذلك حكم شرعي، فيقف على الاذن الشرعي، وحيث لااذن فلا حكم، ولان معظم بيع المساقاة انمايكون قبل ظهور الثمرة لابعده، فلا يكون مشروعاً ، لانتفاء فائدتها حينئذ ، وهو القول الاخر للشافعي .

قال رحمه الله : ولاتبطل بموت المساقي ، ولابموت العامل، على الاشبه.

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط[٢] الى بطلان المساقاة بموت كل منهما .

واعلم أن البحث هنا مبني على البحث في بطلان الاجارة بموت أحد المتؤاجرين فان قلنا به بطلت المساقاة والا فلا .

قال رحمه الله : تصح المساقاة على كل أصل ثابت ، له ثمرة ينتفع به مع بقائه ، كالنخل والكرم وشجر الفواكه ، وفيما لا ثمر له اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء ، على تردد .

اقول :منشؤه : النظر الى الاصل القاضي بالجواز ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[٣]، ويؤيده ما روى أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر[٤].

قال الشيخ في الخلاف: وهذا عام في سائر الاشجار[٥] ولانه ربما صدق على الورق اسم الثمرة ، فتصح المساقاة عليه ، لوجود المحل القابل للمساقاة شرعاً حينئذ ، ولان تسويغ ذلك مشتمل على مصلحة مقصودة للعقلاء، فيكون مشروعاً.

---

(١) الخلاف ١/٧٠٦ .

(٢) المبسوط ٣/٢١٦ .

(٣) الخلاف ١/٧٠٥ .

(٤) تهذيب الاحكام ٧/١٩٤ .

(٥) الخلاف ١/٧٠٥ .

والالتفات الى أن المساقاة على هذا النوع من الشجر حكم شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية، وحيث لادلالة فلا حكم ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] وظاهر كلام المتأخر ، ونمنع صدق اسم الثمرة على الورق حقيقة ، بل يجوز مجازاً ،لكنه غيرنافع ، اذ اللفظ عند اطلاقه انما يحمل على حقيقته دون مجازه.

قال الجوهري : التوت الفرصاد ، ولانقل التوث[2] .

قال رحمه الله: ولو ساقى على ودي .

أقول : قال المتأخر: الودي بالواو المفتوحة والدال غير المعجمة المكسورة والياء المشددة النخل قبل أن يحمل .

قال رحمه الله : ولوشرط أن يعمل غلام المالك معه جاز، لانه ضم مال الى مال ، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل، لم يجز، وفيه تردد ، والجواز أشبه .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصالة القاضية بالجواز . ولانه شرط لايمنع منه كتاب ولاسنة ، فيكون سائغاً .

والالتفات الى أن في هذا الشرط منافاة لمقتضى العقد ، فيكون باطلا، وهو اختيار صاحب المبسوط ، وضعفه ظاهر جدا .

قال رحمه الله : ولوشرط مع الحصة من النماء حصة من الاصل الثابت لم يصح ، لان مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله عليه السلام « الشرط جائز

---

(١) المبسوط ٣/٢١٦ .

(٢) صحاح اللغة ١/٢٤٥ .

بين المسلمين »[١] وقوله « المؤمنون عند شروطهم »[٢] .

والالتفات الى كونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيكون باطلا، كما لو شرط في القراض حصة من رأس المال مضافة الى حصة من الربح، وهو اختيار الشيخ والمتأخر ، وكأنه الاقرب .

قال رحمه الله : ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح ، وبالثلث ان سقي بالسائح ، بطلت المساقاة ، لان الحصة لم تتعين ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى الاصل ، ولانه أمر مطلوب للعقلاء، فيكون مشروعاً. والالتفات الى تطرق الجهالة في الحصة ، فتكون المساقاة باطلة ، ونمنع تطرق الجهالة .

قال رحمه الله : اذاهرب العامل، لم تبطل المساقاة ـ الى قوله: ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم، كان له أن يشهد أنه يستأجرعنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولولم يشهد لم يرجع .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة ذمة العامل ولامتبرع ، فلا يكون له الرجوع . أما الصغرى، ففرضية، اذ التقدير أن الحاكم لم يأذن له في ذلك ، وقد كان له وسيلة الى التخلص ، وهي فسخ عقد المساقاة ، وأما الكبرى ، فاجماعية .

والالتفات الى أنه موضع ضرورة ، فسوغ فيه الرجوع دفعاً لضرر المنفق ، ولقائل أن يمنع تحقق الضرورة مع تسويغ التسلط على الفسخ ، والشيخ رحمه الله حكى الوجهين ولم يختر شيئاً ، لكن أحال على مسألة الجمال[٣].

قال رحمه الله : اذا أراد السفر فدفنها ضمن ، الا أن يخشى المعاجلة .

---

(١) عوالي اللئالي ٣/٢٢٥ ، برقم : ١٠٣ .

(٢) عوالي اللئالي ١/٢٣٥و ٢٩٣ و٢/٢٧٥و ٣/٢١٧ .

(٣) المبسوط ٣/٢١٤ ـ ٢١٥ .

اقول : المراد بالمعاجلة هنا المسارعة الى أخذها ، ويجوز ان يراد به سبق الرفقة .

قال رحمه الله : اذا أنكر الوديعة ، أو اعترف وادعى التلف، او ادعى الرد ولابينة ، فالقول قوله ، وللمالك احلافه على الاشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : اذا ادعى التلف بسبب ظاهر ، كالغرق والحرق والنهب ، لم يقبل قوله الابينة . أما لو ادعاه بسبب خفي، كالسرقة والغصب أو مطلقاً ، كان القول قوله مع يمينه، والفرق خفاء الثاني وتعذر اقامة البينة عليه ، بخلاف الاول فانه لايخفى ، ويمكن اقامة البينة عليه[1]. واختار المصنف رحمه الله أن القول قول الودعي مطلقاً، نظراً الى اصالة براءة الذمة، ولانه أمين .

قال رحمه الله : أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن ، فأنكر ، فالقول قول المالك مع يمينه ،ولو صدقه على الاذن ، لم يضمن وان ترك الاشهاد ، على الاشبه .

اقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : المأذون فيه اما دفع المال في اسقاط حق كالدين، أو لا كالايداع من آخر . فان كان الاول ضمن المودع، سواء صدقه المالك على الدفع أو لا، لانه كان يلزمه الاشهاد عند الدفع، فيكون شرطاً تركه يلزمه الضمان[2].

واختار المصنف أن لاضمان مطلقا مع تصديق المالك على الاذن، لان الودعي حينئذ يكون قد أتى بالمأمور بـه على وجهه ، فيخرج عن العهدة . أما الصغرى فلان المأمور به انما هو الدفع فقط ، وليس الاشهاد جزءاً منه ولا لازماً له . وأما الكبرى ، فلما ثبت أن الامر للاجزاء .

---

(١) المبسوط ١٤١/٤ .

(٢) المبسوط ١٤٢/٤ .

قال رحمه الله : اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها ، قيل : يخرج من أصل تركته . ولو كان له غرماء وضاقت التركة، حاصهم المستودع ، وفيه تردد .

اقول : التردد هنا يقع في مقامين :

الاول : في أصل الضمان مع جهل العين ، ومنشؤه : النظر الى أن احتمال تلف هذه الوديعة بعد الموت مساو لاحتمال تلفها قبل الموت ، فلايثبت في الذمة شيء مع تحقق هذا الاحتمال، فيمتنع أخذها من المال مع سعة التركة، والتحاص مع الضيق حينئذ .

والالتفات الى أن رد الوديعة الى أهلها واجب بيقين ، فلايسقط الا بيقين مثله ، ولايقين مع الشك في الهلاك ، ولان حصول الوديعة عنده متحقق هنا ، لكن جهلت عينها ، فوجب ضمانها ،كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها أحد ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، محتجاً بما ذكرناه ، وضعفه ظاهر.

الثاني : في كيفية الضمان مع القول بأصله ، ومنشؤه : النظر الى مساواتها الدين ، فنسبة عدم[٢] التمييز متساوية في الحكم .

والالتفات الى أن بقاءها في التركة محكوم به ظاهراً ، فيؤخذ قدرها من أصل التركة ، عملا بالظاهر .

قال رحمه الله : ولو أذن له في البناء أو الغرس ، ثم أمره بالازالة ، وجبت الاجابة . وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه على الاشبه .

اقول: قال الشيخ في المبسوط: اذا استعار أرضاً للزراعة فزرع ، ثم رجع

(١) المبسوط ٤/١٤٧ .

(٢) في نسخة «م» شخط على كلمة «عدم» .

المعيرقبل الادراك وطالب بالقلع ، أجبرعلى التبقية[١] والاشبه ماذكره المصنف لعموم قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم »[٢] .

قال رحمه الله: ولو أعاره حائطاً لطرح خشبة ، فطالبه بالازالة ،كان له ذلك الا أن تكون اطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير ، فيؤدي الى خرابه ، واجباره على ازالة جذوعه عن ملكه ، على تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عليه السلام «الناس مسلطون على أموالهم» فيكون له ذلك .

والالتفات الى أن في هذه الازالة ضرراً على المستعير ، فلا يكون سائغة ، لقوله عليه السلام « لاضرر ولا اضرار في الاسلام »[٣] .

قال رحمه الله : يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة ، للمعير وغيره ، على الاشبه .

أقول : لاخلاف في صحة بيعها من المعير ، وهل يصح بيعها من غيره، قال الشيخ في المبسوط : فيه وجهان ، بناءاً على الوجهين في الدخول لمصالحها : أحدهما لايصح لتعذر التسليم ، والاخر يصح لامكان تسليمها وتسلمها[٤].

والاول في الموضعين أقوى ، وانماكان القول الثاني أشبه لعموم الايةوالخبر.

---

(١) المبسوط ٥٦/٣ .

(٢) عوالى اللئالى ٢٢٢/١ و ٤٥٧ و ١٣٨/٢ و ٢٠٨/٣ .

(٣) عوالى اللئالى ٣٨٣/١ و ٧٤/٢ و ٢١٠/٣ .

(٤) المبسوط ٥٦/٣ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الاجارة)

قال رحمه الله : ولـو قال : بعتك هذه الدار ، ونوى الاجـارة ، لم يصح . وكذا لو قال : بعتك سكناها سنة ، لاختصاص لفظ البيـع بنقل الاعيان،وفيه‌تردد.

اقول : منشؤه : النظر الى أن المبيـع مستعمل في نقل الاعيان ، فـلايكون مستعملا في غيره ، دفعاً للاشتراك والمجاز .

والالتفات الى أن العمل بالقصد .

قال رحمه الله : والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لايضمنها الا بتعد أو تفريط ، وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك ، تردد أظهره المنـع .

اقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عليه السلام «الشرط جائزبين المسلمين»[1].

والالتفات الى كونه منافياً لمقتضى عقد الاجارة ، فيكون شرطاً باطلا .

قال رحمه الله : ولـو آجر الصبي غير المميز ، لم تنعقد اجارته ، وكـذا المميز الا باذن وليه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصالة القاضية بالجواز .

---

(١) عوالى اللئالى ٣/٢٢٥ .

والالتفات الى أن الصبي محجور عليه ، فلاتصح اجارته ، كما لايصح بيعه.

قال رحمه الله : لو قال : ان عملت هذا العمل في اليوم ، فلك درهمان ، وفي غد درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله « الشرط جائز بين المسلمين » واختاره الشيخ في الخلاف[١].

والالتفات الى تطرق الجهالة للاجرة ، فتكون الاجارة باطلة ، وهو اختيار المتأخر محتجاً بما ذكرناه ، وبأن الاجارة حكم شرعي ، وحيث لاشرع فلاحكم ثم قال : وان قلنا هذه جعالة كان قوياً ، ولقائل أن يمنع المقدمة الاولى .

قال رحمه الله : ولوقدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليخيط هذاالثوب في هذا اليوم ، قيل : يبطل ، لان استيفاء العمل في المدة قد لايتفق ، وفيه تردد .

اقول: القائل بهذا القول هو الشيخ في المبسوط[٢]، ومنشأ التردد : النظر الى الاصل ، ويؤيده عموم قوله عليه‌السلام وقد تقدم ، ومثله من استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً في وقت بعينه[٣] مضاهية لهذه ، وهي جائزة بالاجماع ، فحينئذ ان اتفق حصول العمل في المدة المضروبة فلابحث، والاكان له اجرة المثل دون المسمى.

والالتفات الى محض الغرر المنهي عنه شرعاً في هذه الصورة، فتكون الاجارة باطلة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

قال رحمه الله : واذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ، لزمته الاجرة ، وفيه تفصيل .

اقول: الظاهر أن المراد بهذا التفصيل ماذكره الشيخ رحمه‌الله في المبسوط بعد هذا الكلام بلافصل ، فانه قال: اذا كانت الاجارة معينة والمنفعة معلومة بتقدير

---

(١) الخلاف ١ / ٧١٣ .

(٢) المبسوط ٣ / ٢٢١ .

(٣) في «س» : معين .

الزمان أو العمل أو بهما ، وأما اذا كانت في الذمة مثل أن يقول : استأجرت منك ظهراً للركوب، ووصف الشرائط التي تضبط بها من ذكر الجنس والنوع وغيرهما جاز ذلك، وعليه تسليم الظهر اليه على الصفات المشترطة، وجوزها حالة ومؤجلة.

ثم قال: اذا ثبت هذا ، فاذا سلم اليه الظهر في وقته وتلف قبل استيفاء المنافع كان له الاستبدال ، لان العقد لم يتناول عيناً ، كالثمن اذا كان في الذمة[1].

وأطلق القول في الخلاف[2]، باستقرار الاجرة مع مضي قدر مايمكن استيفاء المنفعة فيه .

قال رحمه الله : ويلزم مؤجر الدابة كل مايحتاج اليه في امكان الركوب، من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمام ، وفي رفع المحمل وشده تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشؤه : النظر الى اصالة براءة ذمة المؤجر ، تـرك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الى أن التمكن مـن الركوب واجب على المؤجـر ، ولايتم الا برفع المحمل وشده ، وحكى الشيخ في المبسوط[3] الوجهين ، ولم يختر شيئاً .

قال رحمه الله : ولو اكترى دابة فسار عليها ــ الى قوله : أو كبحها .

أقول : الكبح بالباء المنقطة من تحتها نقطة واحدة : جذب الزمام بعنف ، حتى يكون خارجاً عن العادة .

قال رحمه الله : ولو حفرها فأنهارت .

اقول : يقال انهارت البئر اذا انهدمت ، قال الله تعالى « فانهار به في نار

(١) المبسوط ٣/ ٢٣١ ــ ٢٣٢ .

(٢) الخلاف ١/ ٧١٠ .

(٣) المبسوط ٣/ ٢٢٨ .

جهنم »[١].

قال رحمه الله : ويجوز استئجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج، فان لم يأذن ، فيه تردد ، والجواز أشبه ، اذا لم يمنع الرضاع من حقه .

اقول: منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن منافع المرأة مملوكة للزوج بالعقد، فلايصح التصرف فيها الا باذنه ، وهو اختيار المتأخر، متبعاً للشيخ في الخلاف[٢] والمبسوط[٣]، ونمنع كونها مملوكة مطلقاً، بل المملوك الوطيء ومايتوقف عليه، فحينئذ يجوز الاستيجار اذا لم يكن مانعاً من الوطيء . أمالو منع ، لم يجز قولا واحداً .

قال رحمه الله : وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه ؟ قيل: نعم ، وفيه تردد .

اقول: القائل الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤]، والتردد منشؤه : النظر الى أصالتي الجواز من التعيين وعدم الاشتراط .

والالتفات الى ان الاغراض في ذلك تختلف، وتتفاوت الاجر بسبب اختلاف محال الارضاع ، فان الارضاع في بيت المرضعة أسهل لها ، فيكون أقل اجرة من غيره ، وفي بيت الصبي أو غيره أشق عليها ، فيكون أكثر اجرة ، فيجب تعيين الموضع دفعاً للغرر الناشي من ابهامه .

ولو أطلقاه ، بطل العقد ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله : ولو مات أبو الصبي هل يبطل العقد ؟ يبنى على القولين .

---

(١) سورة التوبة : ١٠٩ .

(٢) الخلاف ١/٧١٤ .

(٣) المبسوط ٣/٢٣٨ .

(٤) المبسوط ٣/٢٣٨ .

أقول : المراد بالقولين ماذكره أولا ، من أن الاجارة هل تبطل بالموت أو لا ؟ فإن قلنا بالبطلان بطلت بموت المستأجر ، والا فلا .

قال رحمه الله: وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه ؟ قيل : نعم، وفيه تردد .

اقول : القائل بالجواز هو المتأخر، ومنشأ التردد : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، ولانه عين مملوكة يمكن الانتفاع به مع بقائه ، فتصح اجارته . أما الصغرى ، ففرضية . وأما الكبرى فاجماعية .

والالتفات الى أن التنزه ليس بغرض مقصود للعقلاء ، فيكون عبثاً، فتكون الاجارة باطلة ، لاشتمالها على وجه قبح ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[1] والمبسوط[2]، وجوزه المتأخر .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : وكذا الحكم لو استأجر بناءاً محكماً للتعلم منه والنظر اليه .

قال رحمه الله : السادس ـ أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها، فلو آجر عبداً آبقاً لم تصح ، ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن القدرة شرط، وهي منتفية هنا، فينتفي مشروطها وهو الاجارة .

والالتفات الى أن بيعه كذلك جائز، فتكون اجارته أيضاً كذلك جائزة لتساويهما.

قال رحمه الله : ولو منعه المؤجر منه ، سقطت الاجارة ، وهل للمستأجر أن

---

(١) الخلاف ٧١٦/١ مسألة ٢٤ .

(٢) المبسوط ٢٣٨/٣ .

يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت ؟ فيه تردد ، الاظهر نعم .

اقول: منشؤه: النظر الى أن المستأجر يملك المنفعة بنفس العقد ، فاذا منعها المؤجر كان عاصياً ، فيكون للمستأجر مطالبته بأجرة المثل ،كمالو غصب غيرها من أعيان ماله .

والالتفات الى أن القبض شرط في صحة الاجارة، بدليل بطلانها بتلف المعقود عليه قبل القبض ولم يحصل ، فتكون الاجارة باطلة .

قال رحمه الله : واذا انهدم المسكن ، كان للمستأجر فسخ الاجارة ، الا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاستصحاب ، وتقريره : أن الانهدام موجب للتسلط على فسخ الاجارة قبل الاعادة ، هكذا بعدها .

والالتفات الى أن المقتضي للتسلط على الفسخ وهو الانهدام قد زال،فيزوله معلوله وهو الفسخ .

قال رحمه الله: ولو آجر الولي صبياً مدة يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه ، وهل للصبي الفسخ بعد بلوغه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

اقول: منشؤه: النظر الى أن عقد الولي مأذون فيه شرعاً، فيكون لازماً للصبي ولايجوز له فسخه . أما المقدمة الاولى، فلثبوت الولاية له عليه حينئذ . وأما الثانية فلقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[1] وهو الذي قواه الشيخ أولا .

والالتفات الى وجود البلوغ المقتضي للتسلط على النفس ، فيكون له الفسخ وهو الذي اختاره الشيخ ثانياً ، وثبوت ولاية الولي أولا لاينافي ثبوت الخيار للصبي أخيراً .

(١) سورة المائدة : ١ .

قال رحمه الله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ، وللحاضرعلى الاظهر .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية[1] الىأنه لايصح توكيل الحاضرفيالطلاق عنه ، وتبعه أبو الصلاح وابن البراج ، عملا برواية[2] ضعيفة ، تعارضهاروايات مشهورة صحيحة ، مؤيدة بعمل أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها ، وهل تصح في طلاق نفسها ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ولانه يصح أن تكون وكيلة في طلاق غيرها فكذا في طلاق نفسها ، اذ لافرق .

والالتفات الى ظاهرقوله عليه السلام « الطلاق بيد منأخذ بالساق »[3] دلبمفهومه على انتفاء وقوع الطلاق من غير الزوج ، ترك العمل به في بعضالصور للدليل فيبقى معمولا به فيما عداها ، وهو اختيار الشيخ والمتأخر .

قال رحمه الله : ولايتوكل الذمي على المسلم للذمي ولاللمسلم، علىالقول المشهور ، وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهية .

اقول : اعلم أن الوكيل في مثل هذه الصور: اما مسلم ، أو ذمي ، فانكان الاول ، فمسائله أربع :

الاولى : أن يتوكل لمسلم على مسلم ، وجوازه ظاهر .

الثانية : أن يتوكل له على ذمي ، وهو ظاهر أيضاً .

---

(١) النهاية ص٣١٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦/٢١٤ ، ح٤ .

(٣) سنن ابن ماجة ١/٦٧٢ ، برقم : ٢٠٨١ .

الثالثة : أن يتوكل للذمي على مثله .

الرابعة : أن يتوكل له على مسلم ، وقد تردد فيه المصنف ، ومنشؤه: النظر الى الاصل الدال على الجواز ، وعليه أكثر الاصحاب .

والالتفات الى أن في هذه الوكالة ثبوت نوع سلطنة للكافر على المسلم ، اذ يد الوكيل يد الموكل الذي هو كافر، فلايصح عملا بالاية، وهوظاهر كلام الشيخ المفيد والشيخ وسلار .

وان كان الثاني ، فمسائله أربع :

الاولى : أن يتوكل لذمي على ذمي ، ولاخلاف في جوازه .

الثانية : أن يتوكل له على مسلم ، والمشهور منعه لما ذكرناه أولا .

الثالثة : أن يتوكل لمسلم على مسلم ، وهو غير جائز .

الرابعة : أن يتوكل له على ذمي ، وهو ظاهر الجواز .

قال رحمه الله : ولو اختلفا في لفظ العقد ، بأن يشهد أحدهما بأن الموكل قال : وكلتك ، ويشهد آخر أنه قال: استنبتك ، لم تقبل ، لانها شهادة على عقدين اذ صيغة كل منهما مخالفة للاخرى ، وفيه تردد ، اذ مرجعه الى أنهما شهدا في وقتين .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن هذه الولاية حكم شرعي ، فيقف على دليله وليس ، ولان شرط قبول شهادة الشاهدين تواردهما على العقد ، وهومنتف هنا، اذ العقد بقوله «وكلتك» غيربقوله « استنبتك » وهوخيرة الشيخ في المبسوط[1].

ومن الالتفات الى أن المعتبرفي قبول الشهادة اتفاقهما على المعنى الواحد، وهو موجود هنا ، اذ هما مترادفان ، ولان حاصل هذه الشهادة يرجع الى أن الشاهدين قد شهدا في وقتين ، وقد بينا قبول هذه لعدم الفرق . وفيه نظر ، فانا

---

(١) المبسوط ٢/ ٣٧٦ .

نمنع قبول تلك الشهادة ،كما هو رأي الشيخ .

قال رحمه الله : لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم ــ الى قوله : وكذا لوكان الحق ديناً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الغريم مصدق لدعوى الوكالة ، فيجب عليه تسليم الحق الى من اعترف أنه وكيل ، لعموم قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »[١].

والالتفات الى أن تصادق الغريم والوكيل على الوكالة اثبات لنوع ولاية على التصرف في مال الغير ، فلاتسمع الا ببينة .

واعلم أن المتأخر أوجب التسليم الى الوكيل مع تصديق الغريم في دعوى الوكالة وأطلق ، والشيخ رحمه الله لم يوجب التسليم مطلقاً ، والتفصيل حسن ، وهو المشهور من مذهب أبي حنيفة .

قال رحمه الله : الوكيل في الايداع ــ الى آخره .

أقول : قد مر مايضاهي هذا البحث في كتاب الوديعة .

قال رحمه الله : اذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع ، جاز وفيه تردد . وكذا في النكاح .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل . والالتفات الى أن الشخص الواحد لا يجوز أن يكون موجباً قابلا ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله، واختاره ابن الجنيد والمتأخر .

قال رحمه الله : لو وكل بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى كون الوكيل مدعياً والموكل منكراً ، فيكون

---

(١) عوالي اللئالي ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

القول قوله ، عملا بقوله عليه السلام « واليمين على من أنكر »[1].

والالتفات الى كون الوكيل أميناً ، فيكون القول قوله ، ولانه أقر بماله أن يفعله .

قال رحمه الله : وفي وقف من بلغ عشراً تردد ، والمروي جواز صدقته ، والاولى المنع ، لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل ، ويؤيده رواية زرعة عن سماعة قال : سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ، فقال : اذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها ، فلابأس ، وهو جائز[2].

قال الشيخ رحمه الله في الاستبصار : وقد حد ذلك بعشر سنين[3]. وبه أفتى في النهاية .

والالتفات الى أن الحجر ثابت ، فيتوقف رفعه على ثبوت المزيل قطعاً،وهو اما بلوغ خمس عشر سنة ، أو الانبات ، أو الاحتلام ، وبه أفتى المتأخر ، وهو المختار ، وتحمل الرواية على من بلغ بأحد الامرين الاولين دون الثالث .

قال رحمه الله : ولو وقف على من لايملك ثم على من يملك ، فيه تردد ، والمنع أشبه .

اقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الصحة ، ترك العمل به في صورة حصول الوقف على من لايملك فقط ، فيبقى معمولا به فيما عداه،ويؤيده عموم قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم »[4]. وبه أفتى الشيخ رحمه الله في الخلاف[5]، محتجاً بالاصل وعدم الدليل على الابطال ، وبأن بطلانه في

---

(١) عوالى اللئالى ١/ ٢٤٤ و٤٥٣ و٢/ ٢٥٨ و٣٤٥ و٣/ ٥٢٣ .

(٢ ـ ٣) الاستبصار ٣/ ٣٠٣ .

(٤) عوالى اللئالى ١/ ٢٢٢ و٤٥٧ و٢/ ١٣٨ و٣/ ٢٠٨ .

(٥) الخلاف ٢/ ٩ مسألة ١٠ .

أحدهما ـ وهو من لايملك ـ لايستلزم بطلانه في الاخر .

والالتفات الى أن صحة ذلك حكم شرعي ، فتقف على الدلالة الشرعية ، وحيث لادلالة فلا حكم ، ولانـه علق تمليك هؤلاء ـ أعني : الموجودين ـ على شرط ولم يوجد ، فيكون هذا التمليك منتفياً قضية للشرط .

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا الذي يقتضيه مذهبنا[١]. ثم قوى بعد القول بالصحة .

قال رحمه الله : وفي صحة الوقف على الحربي تردد ، أشبهه المنـع .

اقول : منشؤه : النظر الى مقتضى الاصل ، ويؤيده عموم قوله عليه السلام «الناس مسلطون على أموالهم» .

والالتفات الى عموم النهي عن موادة المحاد لله ولرسوله ، والوقف نوع موادة . وهذا شامل للذمي وغيره من أصناف الكفار ، ترك العمل به في صورة جواز الوقف على الذمي ، لوجود المخصص ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

قال رحمه الله : ولو وقف على أولاده الاصاغر ـ الى قوله : وفي الوصي تردد ، أظهره الصحة .

اقول : قد مر مايضاهي هذه المسألة في باب الوكالة .

قال رحمه الله : ولو وقف حصة من عبد ، ثم أعتقه ـ الى قوله : الشريك مضى العتق فـي حصته ولم يقوم عليه ، لان العتق لاينفذ فيه مباشرة ، فأولى أن لاينفذ سراية .

ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليه افتكاكه من الرق ، ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية ، بـأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر ، أو فيه وفي شريكه ، وليس كذلك افتكاكه، فانه ازالة للرق شرعاً،فيسري

(١) المبسوط ٢٩٣/٣ .

في باقيه ، ويضمن الشريك القيمة ، لانه يجري مجرى الاتلاف ، وفيه تردد .

أقول : القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط[١]، والفرق بين العتق مباشرة وبين العتق سراية من المصنف رحمه الله .

ومنشأ تردده فيه : النظر الى كون عتق السراية[٢] جارياً مجرى الاتلاف . والالتفات الى تعلق حق البطون به، فلا يفيد فيه العتق سراية، ولما فيه من الاضرار المنفي شرعاً .

ولقائل أن يمنع قوة المباشرة ويدعي قوة السراية ، بدلالة انها مزيلة للرق مطلقاً، بخلاف المباشرة، لتوقف ازالتها على سبق الملك على العتق ، ولاجرم أن الذي لايتوقف مباشرته على شرط ، أقوى من المتوقف تأثيره عليه .

قال رحمه الله : اذا آجر البطن الاول [الوقف مدة] ثم انقرضوا في أثنائها فان قلنا الموت تبطل الاجارة فلا كلام ، وان لم نقل فهل يبطل هنا ؟ فيه تردد ، أظهره البطلان ، لانا بينا أن هذه المدة ليست للموجودين .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاجارة عقد لازم، فلايجوز فسخها ، خصوصاً مع القول بأن الموت لاتبطلها .

والالتفات الى أن قد بينا أنهم تصرفوا في حق الغير ، أعني : البطن الثاني ، فيكون له الفسخ ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[٣] والمبسوط[٤]. وفي الجمع بين القول بعدم بطلان الاجارة بالموت وبطلانها في هذه الصورة ، تعسف ظاهر.

قال رحمه الله : ولايجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة ، لانه لايختص بملكها . ولو أولدها كان حراً ولاقيمة عليه ، لانه لايجب له على نفسه غرم ، وهل

---

(١) المبسوط ٢٨٨/٣ .

(٢) في «س» : العتق بالسراية .

(٣) الخلاف ١٢/٢ مسألة ٢٤ .

(٤) المبسوط ٣٠١/٣ .

تصير ام ولد ؟ قيل: نعم وتنعتق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون وفيه تردد .

اقول : منشؤه : النظر الى كونها ام ولده ، فتنعتق بموته ،كغيرها من امهات الاولاد .

والالتفات الى تعلق حق البطون بها أولا .

قال رحمه الله : ولو قال له : لك سكنى هذه الدار مابقيت أو ماحييت ، جاز ويرجع الى المسكن بعد موت الساكن ، على الاشبه .

اقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط في هذه المسألة قولين ، البطلان والصحة .

ثم القائلون بالصحة اختلفوا، فذهب قوم أنها تكون للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده ، وقال آخرون منهم : تكون له مدة حياته ، فاذا مات رجعت الى المعمر أو الى ورثته ان كان مات ، ثم قال رحمه الله : وهذا هو الصحيح على مذهبنا[١].

قال رحمه الله : ولو وهب مافي الذمة ، فان كان لمن عليه الحق ، لم يصح على الاشبه ، لانها مشروطة بالقبض .

اقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط[٢]، وأفتى فيها بالصحة، عملا بالاصالة الدالة على الجواز . والحق أن نقول : ان جعلنا القبض شرطاً في صحة الهبة لم تصح هذه الهبة ، والا صحت بشرطين :

الاول : أن يكون من عليه الحق معيناً .

الثاني : أن يكون قدر الدين معلوماً .

قال رحمه الله : ولايشترط في الابراء القبول على الاصح .

---

(١) المبسوط ٣/٣١٦ .

(٢) المبسوط ٣/٣١٤ .

اقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط[١] عن قوم من الفقهاء أن قبول المبرء شرط في صحة الابراء ، ثم قال : وهوالذي يقوى فيِ نفسي ، لان في ابرائه اياه من الحق الذي له عليه منة عليه ، ولايجبر على قبول المنة . واختار المصنف أن القبول ليس بشرط ، وقواه الشيخ رحمه الله أخيراً . لنا ــ وجوه :

الاول : قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم »[٢] فاعتبر مجرد التصدق والذي هو عبارة عن الابراءِ هنا ، ولم يعتبرالقبول فيبقى على أصله ، وهو عدم الاعتبار .

الثاني : قوله تعالى «ودية مسلمة الى أهله الاأن يصدقوا»[٣] وتقريرالاستدلال به كما سبق في الوجه الاول .

الثالث : انه قول أكثر علمائنا ، فيكون راجحاً بالنسبة الى الاول .

والمتأخر اختار القول الاول ، وأجاب عن أدلة الثاني بأنها دليل الخطاب ، وهو غير معمول به . وهو غلط ، فانا لم نستدل بالايات على عدم اشتراط القبول حتى يلزم ذلك ، بل استندنا في ذلك الى الاصل ، وذكرنا أن الايات لايدل على اشتراطه ، فافهمه .

قال رحمه الله : ولايجبر الموهوب [له] على دفع المشترط ، بل يكون بالخيار . ولو تلف والحال هذه أو عابت ، لم يضمن الموهوب له ، لان ذلك حدث في ملكه ، وفيه تردد .

اقول: منشؤه : النظر الى أصالة براءة ذمة الموهوب له ، ولانه حدث في

---

(١) المبسوط ٣/٣١٤ .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٠ .

(٣) سورة النساء : ٩٢ .

ملكه ، فلا يضمنه ، وهذه فتوى الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢].

والالتفات الى أن جواز الرجوع في العين مع وجودها يقتضي التسلط على أخذ مثلها ، أو قيمتها مع عدمها ، وهو الاقوى عندي .

قال رحمه الله: وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد ، والظاهرأنه لايشترط .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الاشتراط .

والالتفات الى أن عقد الرماية انما شرع لبعث العزم على الاستعداد للقتال ، وذلك انما يكون واقعاً على الوجه الاكمل اذاشرط فيه: امالمبادرة ، وامالمحاطة اذ ببلوغ الغاية فيهما يحصل الخذف بالرمي على أبلغ نظام ، لكونهما أشق أقسام الرماية . وحكى الشيخ في المبسوط[٣] الوجهين ولم يرجح أحدهما .

قال رحمه الله : وينتقل بالوصية الملك الى الموصى لـه بموت الموصي وقبول الموصى له ، ولاينتقل بالموت منفرداً عن القبول ، على الاظهر .

أقول : حكى الشيخ في المبسوط[٤] في هذه المسألة أقوالا :

الاول : أن انتقال الملك الى الموصى له موقوف على شرطين،وفاة الموصي وقبول الموصى له ، فاذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول .

الثاني : انه مراعى ، فان قبل الوصية تبينا أنه انتقل اليه الملك بوفاته ، وان لم يقبل تبينا انتقاله الى الورثة .

الثالث : أنه ينتقل الى الموصى له بموت الموصي كالميراث ، ولايدخل في ملك الورثة بوفاته ، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه ، وان رد انتقل عنه الى ورثته

---

(١) الخلاف ١٩/٢ .

(٢) المبسوط ٣١١/٣ .

(٣) المبسوط ٢٩٧/٦ ــ ٢٩٨ .

(٤) المبسوط ٢٨/٤ .

ثم قال رحمه الله : وهذا القول ضعيف لايتفرع عليه ، والتفريع على القولين الاولين .

والذي ضعفه هنا مااختاره في الخلاف[١]، محتجاً بأن الموصى به لايجوزأن يبقى على ملك الموصي ، لانه قد مات والميت لايملك شيئاً ، ولايجوز أن يدخل فيملك الورثة ، لقوله تعالى «من بعد وصية يوصي بها أو دين»[٢] فجعل الميراث بعد الوصية ، فلم يبق الا أن يكون ملكاً للموصى له بالموت .

قال رحمه الله : ولو أوصى بنصف ماله مثلا ، فأجازالورثة ، ثم قالوا : ظننا أنه قليل ، قضي عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء ملك الورثة على مازاد على الثلث ، ترك العمل بها مع اجازتهم ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، ولااجازة هنا .

ويؤيده أن الموصى له مدع للاجازة في قدر النصف ، والورثة ينكرالاجازة اذ التقدير انهم انما أجازوا الوصية فيالنصف على تقديركونه قليلا، فيكونالقول قولهم ، عملا بقوله عليه السلام «واليمين على من أنكر»[٣] وهو اختياره فيالمبسوط[٤].

والالتفات الى أن الورثة مكذبون لهذه الدعوى بظاهر اجازتهم ، فلايسمع قولهم .

قال رحمه الله : ولو أوصى بسيف معين وفيه جفن ، دخل الجفن والحلية في الوصية ــ الى قوله : وفيه قول آخر بعيد .

اقول : أشار بالقول البعيد الى ماذكره الشيخ رحمه الله في النهاية بعد ايراد

---

(١) الخلاف ٢/٩٤ ــ ٩٥.

(٢) سورة النساء : ١١ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٤٤ و٤٥٣ و٢/٢٥٨ و٣٤٥ و٣/٥٢٣ .

(٤) المبسوط ٤/٨.

هذه المسائل ، فانه قال بعدها بلا فصل : هذا اذا كان الموصي عدلا مأموناً ، فان لم يكن عدلا وكان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه ، من الصندوق والسفينة والسيف والجراب ومافيها[1]. وهذا القول في غاية البعد .

قال رحمه الله : ولو أوصى باخراج بعض ولده من الارث ، لم يصح ـ الى قوله : وفيه رواية بوجه آخر مهجورة .

أقول : لما كان ثبوت النسب سبباً في ثبوت الميراث لم يكن بوصية الاب اعتبار ، والا لزم نقض الاحكام الشرعية ، ويؤيد ذلك رواية سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام[2].

والرواية المهجورة التي أشار اليها رحمه الله ، هي مارواه الوشا عن محمد ابن يحيى عن وصي علي بن السري قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان علي بن السري توفي وأوصى اليّ ، وأن ابنه جعفر وقع على ام ولد له، فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال : اخرجه ، ان كنت صادقاً سيصيبه خبل .

وهذه الرواية ذكرها الشيخ في التهذيب[3] وابن بابوية في من لايحضره الفقيه وقالا : متى لم يحدث هذا الحدث لم يخرج عن الارث[4].

والاكثرون على القول الاول ، وهذه الرواية من حيث أن الوصي الذي هو الراوي مجهول الحال والاسم .

قال رحمه الله : لو أوصى له بقوس ، انصرف الى قوس النشاب والنبل والحسبان .

---

(١) النهاية ص٦١٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٣٦/٩ ، ح١١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٣٥/٩ ، ح١٠ .

(٤) من لايحضره الفقيه ٢١٩/٤ ـ ٢٢٠ .

اقول : الحسبان جمع حسبانـة ، وهي السهم القصير ، حكاه المتأخـر عن الجوهري في الصحاح[١].

وقال الشيخ في المبسوط : قوس الحسبان هو الذي يدفع النشاب في مجرى وهو الوتر مع المجرى ويرمى به[٢].

اذا عرفت هذا ، فالشيخ رحمه الله قال: اذا أوصى بقوس من قسيه ، انصرف اطلاق اللفظ الى هذه الثلاثة فقط ، فيتخير الورثة بين دفع ماشاؤوا من هذه الثلاثة وأتبعه [...][٣].

وقال المتأخر: اطلاق لفظة القوس ينصرف الى هذه الثلاثة مع قوس الجلاهق وهو قوس البندق ، لان الجلاهق جمع جلاهقة ، وهي البندقة وقوس النداف ، فيتخير الوارث بين دفع ماشاء من هذه الخمسة، لان لفظ الموصي عام ، وتخصيصه يحتاج الى دليل .

قال رحمه الله : ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك ، وهل تقبل شهادة الواحد مع اليمين ؟ فيه تردد ، أظهره المنع .

اقول : منشؤه : النظر الى أن الشهادة حكم شرعـي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة لـه فلا حكم ، ولان الوصية بالولاية ليست مـالا ، ولا المقصود منها المال ، فلا تثبت الا بشاهدين . أما الصغرى ، فظاهرة . وأما الكبرى فاجماعية . وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٤]، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى الاصل ،ولان في قبول هذه الشهادة ارفاقاً وتيسيراً ،فتكون مراداً

---

(١) صحاح اللغة ١/ ١١١ .

(٢) المبسوط ٤/ ٢١ .

(٣) كذا بياض في النسختين .

(٤) المبسوط ٤/ ٦١ .

لصاحب الشرع . أما الصغرى فبينة ، وأما الكبرى فللاية والرواية[١].

قال رحمه الله : وفي الوصية للحربي تردد ، أظهره المنع .

اقول : قد سبق بحث مثل هذه المسألة في الوقف .

قال رحمه الله : ولو أوصى لاخواله وأعمامه ، كانوا سواءاً على الاصح ، وفيه رواية مهجورة ، أما لو نص على التفضيل أتبع .

اقول : ذهب الشيخ في النهاية الى أن للاعمام الثلثين من القدر الموصى به، وللاخوال الثلث[٢]. عملا برواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله لاعمامه وأخواله ، فقال : لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث[٣].

وقال المتأخر : الخبر من الاحاد ، والتفضيل منفي بالاصل ، وحمله على الميراث قياس ، وهو باطل عندنا ، وهو الاصح عند المصنف .

قال رحمه الله : لو أوصى لجيرانه ـ الى قوله : وفيه قول آخر مستبعد .

اقول : أشار به الى القول الذي ذكره في باب الوقف .

قال رحمه الله : ولو أوصى الى اثنين ـ الى قوله : أما لو مات أحدهما أو فسق ، لم يضم الحاكم الى الاخر ، وجاز له الانفراد ، لانه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي ، وفيه تردد .

اقول : منشؤه: النظر الى قوله عليه السلام «الحاكم ولي من لاولي له» فشرط في ثبوت ولاية الحاكم انتفاء ولي الميت ، أعني : وصيه ، والتقدير أنه موجود هنا اذ كل واحد من الوصيين يصدق عليه أنه وصي ، فيبقى ولاية الحاكم قضية للشرط.

والالتفات الى أن الموصي انما رضي بهذا الوصي منضماً الى غيره لامنفرداً

---

(١) في هامش «م» : الاية « يريد الله بكم اليسر » والرواية « يسروا ولاتعسروا » .

(٢) النهاية ص ٦١٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٩/٢١٤ ، ح ٢٢ .

فيجوز حينئذ للحاكم الضم ، اذ هو منصور للمصالح ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[١] والمبسوط[٢].

قال رحمه الله : وفي شراء الوصي لنفسه من نفسه تردد ، والاشبه الجواز .

اقول : قد مر البحث في مثل هذه المسألة أولا .

قال رحمه الله :ولو مات انسان ولا وصي له ،كان للحاكم النظر في تركته ولولم يكن هناك حاكم، جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به ،وفي هذا تردد.

اقول : منشؤه : النظر الى أن ثبوت الولاية في مال الغير حكم شرعي ، فلا يتولاه الا الحاكم ، أعني : الامام أو نائبه النظر في ذلك ، أو الفقيه المأمون من فقهاء الشيعة مع عدمهما ، وبه أفتى المتأخر .

والالتفات الى أن ذلك نوع احسان ومعاونه على البر ، فيكون سائغاً لكل مؤمن يوثق به في القيام بذلك ، وبه أفتى الشيخ في النهاية[٣].

قال رحمه الله : اذا أوصى له بدار ، فانهدمت وصارت براحاً ، ثم مات الموصي ، بطلت الوصية ، لخروجها عن اسم الدار ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاعتبار في الوصية بما يصح عليه اسم الموصى به حين لزوم الوصية ، وماصارت براحاً لايقع عليه اسم الدار حين لزوم الوصية فتبطل الوصية ،كما لو أوصى بطعام ثم طحنه قبل وفاته ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٤].

والالتفات الى أن الوصية بالدار يتضمن بالبراح ، اذ هو من أجزائها،فيكون لفظ الدار دالا عليها بالتضمن، وبطلان الوصية في الجدار والسقف لعدمه لايستلزم

---

(١) الخلاف ٢/ ٩٤.

(٢) المبسوط ٤/ ٥٣ .

(٣) النهاية ص٦٠٨ .

(٤) المبسوط ٤/ ٣٨ .

بطلان الوصية في البراح لوجوده حين لزوم الوصية، وكأن هذا هو الاقوى.

قال رحمه الله: لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الاخر ودخل بها ثم مات، فالنكاح صحيح ويبطل المسمى، لانه زائد على الثلث وترثه وفي ثبوت مهر المثل تردد، وعلى القول الاخر يصح الجميع.

اقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «المريض ممنوع من التصرف الا في ثلث ماله» ولاجرم ان كونه مهراً زائداً عن ثلث ماله، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[1].

والالتفات الى أن مهر المثل جار مجرى أروش الجنايات، فيخرج من أصل التركة، كما تخرج الاروش من أصلها.

واعلم أن الشيخ رحمه الله منعها الارث، والمصنف أثبته، عملا بعموم آية ميراث الزوجات. وهذا البحث كله انما يتمشى على قول من يجعل منجزات المريض من الثلث فقط، أما من يجعلها من الاصل، فان الزواج صحيح، وكذا العتق، وتثبت لها المسمى والميراث.

قال في آخر نسخة «م»: تم الجزء الاول من ترددات شرائع الاحكام في معرفة الحلال والحرام، من نسخة كتبت من خط شارحها الفقيه العالم الفاضل نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي قدس الله سره، على يد كاتبها مالكها الفقير الى الله عبدالله والمؤمنين، علي بن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر، غفرالله له ولوالديه وللمؤمنين والمؤمنات ولمن دعا لهم بذلك، وذلك في يوم الجمعة حادي عشرين ذي الحجة الحرام، من سنة أربع وخمسين وسبعمائة، بالحلة السيفية، عمرها الله بالصالحين من عباده واختمه بالخير. وصلى الله على أكرم المرسلين وخير خلقه أجمعين سيدنا محمد النبي وآله الطاهرين.

---

(١) المبسوط ٤/٥٧.

وقال في آخر نسخة«س»: تمت ترددات الجزء الاول ،والله الموفق للصواب بحمد الله تعالى ومنه وكرمه ، والتصديق برسوله ووصيه وذريته وأهل بيته ، وجميع رسله وأوصياء رسله وملائكته وكتبه وكتبه على يد أضعف عباده ، وأحوجهم الى عفوه ومغفرته ورحمته ورضوانه ، علي بن حسن بن علي بن....، في يوم الاثنين سادس شهر صفر من شهور سنة ست وخمسين وسبعمائه ، بمدرسة البسط المعروفة بمدرسة سيدنا ومولانا صاحب الزمان محمد بن الحسن صلى الله عليه وآله وسلم وعجل اللهم في فرجه ، رحم الله من قرأ فيه ونظر فيه ودعا لصاحبه وكاتبه ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات الاحياء منهم والاموات بالمغرة والرحمة برحمتك ياأرحم الراحمين .

وتم استنساخ الجزء الاول من الكتاب تحقيقاً وتصحيحاً وتعليقاً عليه على يد العبد مهدي بن محمد الرجائي في يوم السبت الرابع والعشرين من جمادي الاخر ، سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية ، في بلدة قم حرم أهل البيت عليهم السلام .

فهرس الكتاب

مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

(١٩)

ايضاح ترددات الشرائع

للفقيه الجليل
نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي
من أعلام القرن الثامن

الجزء الثاني

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

اشراف
السيد محمود المرعشي

بسم الله الرحمن الرحيم

(ذكر ترددات كتاب النكاح)

قال رحمه الله: وأكل ماينثر في الاعراس جائز، ولايجوز أخذه الا باذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، وهل يملك بالاخذ؟ الاظهر نعم.

أقول: يمكن أن يقال: ان الاذن في الاخذ يفيد اباحة التصرف لاالتملك، وهو ظاهر كلام المتأخر، والفرق بين الاباحة والتملك أن الاباحة يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية، سواء كانت لاجنبي، أو لذي رحم يصرف فيها، أو لا بخلاف التمليك فانه لايجوز الرجوع فيه وان كانت العين باقية.

قال رحمه الله: والعبارة عن الايجاب لفظان: زوجتك وأنكحتك. وفي منعتك تردد، وجوازه أرجح.

أقول: منشؤه: النظر الى أن النكاح عصمة مستفادة من الشرع، فتقف صحتها على مادل الشرع على الانعقاد به قطعاً في الدائم، وليس الا لفظي الزواج والنكاح

وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[١]، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن الله تعالى قد عبر عن عقد النكاح بهذه الالفاظ الثلاثة ، فيكون موضوعة له ، اذ الاصل في الاطلاق الحقيقة، وهذا الدليل ذكره المصنف في المسائل الكمالية ، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية[٢].

قال رحمه الله : ولو قال : زوجت بنتك من فلان ، فقال : نعم،فقال الزوج: قبلت ، صح ، لان نعم يتضمن اعادة السؤال ولو لم يعد اللفظ ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن النكاح عصمة شرعية، فيقف انعقاده على وجود اللفظ الذي جعله الشارع دليلا عليه ، وليس الا الزواج والنكاح ، أو المتعة على خلاف فيها .

والالتفات الى لفظة «نعم» تقتضي اعادة السؤال، فيكون تقدير الكلام حينئذ: نعم زوجت بنتي ، ولاخلاف في الانعقاد لو أتى بذلك ، فكذا الاتيان بمعناه ، اذ المقصود بالذات انما هو المعنى ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٣].

ونمنع كون المعنى مقصوداً فقط ، بل المقصود المعنى واللفظ معاً ، كمافي الطلاق وغيره من ألفاظ العقود والايقاعات ، ولعل الاول أقرب ، وهوظاهر كلام المتأخر .

قال رحمه الله : لاعبرة بعبارة الصبي ايجاباً وقبولا ، ولابعبارة المجنون ، وفي السكران الذي لايعقل تردد ، أظهره أنه لايصح ولو أفاق فأجاز .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السكران الذي لايعقل مساو للمجنون، فيكون حكمه حكمه .

---

(١) المبسوط ٤/١٩٣ .

(٢) النهاية ص٤٥٠ .

(٣) المبسوط ٤/١٩٣ .

والالتفات الى الرواية المروية عن أبي الحسن عليه السلام[١]. وهي التي أشار اليها المصنف .

قال رحمه الله : ولاولاية للوصي وان نص الموصى على النكاح على الاظهر.

أقـول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف[٢] الى ان ولاء النكاح مستفاد بالوصية ، اذا كان الموصي من لـه ولاية على الموصى عليه ، محتجاً بالاصل ، ولانه لامانع منه، وبعموم قوله تعالى « فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »[٣].

وأيضاً فلاخلاف أن له أن يوصي بالنظر في مالهما[٤]، فكذلك في التزويج والجامع بينهما ثبوت الولاية لـه عليهما . وضعف هذه الادلة جميعاً ظاهر ، فلا حاجة بنا الى ابانته .

قال رحمه الله : اذا زوجها الولي بدون مهر المثل ، هل لها أن تعترض؟ فيه تردد ، والاظهر أن لها الاعتراض .

أقول: منشؤه : النظر الى أن في التزويج بدون مهر المثل ضرراً على الزوجة وربما لحقها بذلك عار ، فيكون لها الاعتراض ، عملا بقوله عليه السلام « لاضرر ولا اضرار »[٥] ولان تصرف الولي مشروط بالغبطة ، ولاغبطة في التزويج بدون مهر المثل .

والالتفات الى أن عقد الولي مأذون فيه شرعاً ، فلايكون لها الاعتراض فيه.

قال رحمه الله : لاولاية للام على الولد ، فلو زوجته فرضي لزم العقد، وان

---

(١) تهذيب الاحكام ٧/ ٣٩٢ ، ح٤٧ .

(٢) الخلاف ٢/ ١٤٢ مسألة٩ .

(٣) سورة البقرة : ١٨١ .

(٤) في «س» : ماله .

(٥) عوالي اللئالي ١/ ٣٨٣ و٢٢٠ و٢/ ٧٤ و٣/ ٢١٠ .

كره لزمها المهر ، وفيه تردد ، وربما حمل على دعوى الوكالة فيه .

أقـول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة ذمة الام ، فمن شغلها بشيء فعليه الدلالة ، ولان الام لاولاية لها في غير النكاح عندنا ، فهي كالاجنبي سواء ، فـان رضي بعقدها صح ولزمه المهر والا فلا ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأله رجل زوجته أمه وهو غائب ، قال : النكاح جائز ، ان شاء الزوج قبل وان شاء ترك ، فان ترك الزوج تزويجه ، فالمهر لازم لامه[1]. وبها أفتى الشيخ في النهاية[2].

وضعف هذه الرواية ينشأ من مخالفتها الاصل أولا ، ومن جهالة حال بعض رجالها ثانياً .

وقال المصنف رحمه الله : يمكن حمل الرواية على أن الام ادعت الوكالة عن الولد ، فيلزمها المهر حينئذ ، لانها غارة ومدعية عقداً مأذوناً فيـه ، فيترتب عليه ثبوت المهر ، ان أوجبناه على الوكيل .

قال رحمه الله : اذا زوج الاجنبي امرأة ــ الى آخره .

أقول: أشار بقوله « على القولين » الى الاختلاف في أن عقد النكاح هل يقف على الاجازة أم لا ؟ قال بعض الاصحاب : انه يقف على الاجازة ، وبعضهم منع من ذلك ، وقيل: ان عقد الاجنبي يقع باطلا ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[3].

قال رحمه الله : لو طلق زوجته فوطئت بالشبهة ــ الى قوله : وان احتمل أن يكون منهما استخرج بالقرعة ، على تردد ، أشبهه أنه للثاني .

أقول : منشؤه : النظر الى أن مع تساوي الاحتمالين تنتفي الاولوية، فيجب الاستخراج بالقرعة ، فمن خرج اسمه فهو له ، والا لزم الترجيح من غير مرجح

(١) فروع الكافي ٥/٤٠١ ــ ٤٠٢ .

(٢) النهاية ص٤٦٧ .

(٣) الخلاف ٢/١٤٣ .

وهو خيرة الشيخ في المبسوط[١].

والالتفات الى أن الزوجة فراش للثاني حينئذ ، فيكون الولد له، عملا بعموم قوله عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[٢].

قال رحمه الله : انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط : الاول ـ أن يكون اللبن عن نكاح ، فلو در أو كان عن زنا لم يثبت حرمة ، وفي نكاح الشبهة تردد ، أشبهه تنزيله على النكاح الصحيح .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاصحاب لم يفصلوا بين النكاح الفاسد وبين نكاح الشبهة ، الا في الحاق الولد ورفع الحد ، فمن ادعى ثالثاً فعليه الدليل ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٣] وتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن نكاح الشبهة يثبت معه النسب الصحيح الشرعي، فكذلك الرضاع الشرعي ، عملا بقوله عليه السلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب »[٤] فجعله أصلا للنسب ، وهو الذي قواه الشيخ والمتأخر ، الا أن المتأخر قال بعد ذلك : ولي في ذلك نظر وتأمل .

وأقول : بعد منشأ هذا النظر المنع من دلالة الخبر على محل النزاع ، اذ المفهوم منه غير ذلك .

قال رحمه الله : ولو ارتضع من ثدي الميتة، أو رضع بعض الرضعات وهي حية ثم أكملها [ميتة] لم ينشر الحرمة، لانها خرجت بالموت عن التحاق الاحكام فهي كالبهيمة المرتضعة ، وفيه تردد .

---

(١) المبسوط ٤/٢٠٩ .

(٢) مسند أحمد بن حنبل ٦/١٢٩ .

(٣) المبسوط ٥/٢٩١ .

(٤) عوالى اللئالى ١/٤٤ ، برقم : ٥٥ .

أقول: منشؤه : النظر الى انتشار الحرمة بالرضاع تعبد شرعي ، فيقف على الدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم ، ولانها خرجت بالموت عن التكليف وانتشار الحرمة بالرضاع تكليف ، والمقدمتان ظاهرتان ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢]، عملا بأصل الاباحة ، ولقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم »[٣] وهذه ماأرضعت، وقوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم »[٤] وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « حرمة الميت كحرمة الحي »[٥] والمراد بلفظ الميت الذكر والانثى ، ومن جملة الحرمة انتشار التحريم بالرضاع ، فيحرم عليه ميتة مع اكماله الرضعات المعتبرة شرعاً جميع من يحرم عليه لو كانت حية، وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي ، والاول عندي أقوى .

قال رحمه الله : الشرط الثالث ـ أن يكون الرضاع في الحولين ، ويراعى ذلك في المرتضع ، لقوله عليه السلام « لارضاع بعد فطام »[٦] وهل يراعى في ولد المرضعة ؟ الاصح أنه لايعتبر .

أقول : مراعاة ذلك في المرتضع متفق عليه بين علمائنا وفتواهم على أنه لا يعتبر في ولد المرضعة، فلو أرضعت صبياً بلبن ولدها الرضعات الشرعية ولولدها لصلبها أكثر من حولين نشر الحرمة .

وشرط أبو الصلاح في انتشار الحرمة أن يكون الرضاع واقعاً في الحولين

(١) المبسوط ٥/ ٢٩٦ .

(٢) الخلاف ٢/ ٣٢٣ مسألة ١٤ .

(٣) سورة النساء : ٢٣ .

(٤) سورة النساء : ٢٤ .

(٥) تهذيب الاحكام ١/ ٤١٩ ، ح ٤٣ .

(٦) عوالي اللئالي ١/ ٧٢ و٢/ ١٢٨ و٢٧٠ و٣/ ٣٢٤ .

من غير المرتضع وولـد المرضعة ، فلو حصل بعد أن مضى لهما أو لاحـدهما حولان أو أكمل بعد مضيهما من عمرهما أو عمر أحدهما لم ينشر حرمة .

لنا ـ عموم قوله تعالى «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم»[١] واصالة عدم الاشتراط ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولا بها في الثانية .

قال رحمه الله : لو كان له أمة يطأها، فأرضعت زوجته الصغيرة ، حرمتا جميعاً ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الامة ، لانه لا يثبت للمولى مال في ذمة مملوكته ، نعم لو كانت موطوءة بالعقد يرجع بـه عليها ويتعلق برقبتها ، وعندي في ذلك تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن هذا الرضاع جار مجرى الجناية، اذ فيه تفويت منفعة البضع على الزوج ، وجنايـة الامة تتعلق برقبتها اجماعاً منا ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[٢].

والالتفات الى أصالة براءة الذمة ، وهي دليل قطعي ، فيتمسك بها الى حين ظهور الناقل قطعاً أو ظاهـراً . ونمنع كون منفعة البضع مضمونـة ، وحملها على الجناية قياس ، وهو باطل عندنا في الشرعيات ، وبه أفتى الشيخ في الخلاف[٣].

فـرع :

القائل بالضمان أوجب بيعها فيه مع امتناع المولى عن الفك ، كما في الجناية وسيأتي ، والمصنف رحمه الله قال: ولو قلنا بوجوب العود لم نقل ببيع المملوك فيه ، بل تتبع به اذ تحررت .

فالمصنف رحمه الله أجـراه مجرى الدين الـذي يستدينه المملوك بغير اذن

---

(١) سورة النساء : ٢٣ .

(٢) المبسوط ٥/٢٩٨ ـ ٢٩٩ .

(٣) الخلاف ٢/٣٢٤ مسألة ١٨ .

مولاه ، والشيخ رحمه الله أجراه مجرى الجناية .

قال رحمه الله : وأما الوطيء بالشبهة ، فالذي خرجه الشيخ رحمه الله أنه ينزل منزلة النكاح الصحيح، وفيه تردد، أظهره أنه لاينشر، لكن يلحق معهالنسب.

أقول: منشؤه النظر الى أن الوطيء الصحيح ينشر حرمة المصاهرة ، فكذا ما هو في حكمه ، أعني : وطيء الشبهة وعقد الشبهة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

والالتفات الى أن حمله على النكاح الصحيح والزنا قياس ، والاصل عدم التحريم ، فلايصار اليه الا بدليل ، وهو اختيار المتأخر .

فـرع :

الوطيءالمباح بغيرعقدالشبهة والوطيء بملك اليمين، ينشرتحريمالمصاهرة ويثبت به حرمة المحرم . وأما الوطيء الحرام ، فلايثبت به حرمة المحرماجماعاً ولاينشر تحريم المصاهرة على الاقوى .

والمراد بانتشار الحرمة المنع من نكاح أم الزوجة مطلقاً ، وابنتها اذا كانقد دخل بها معاً على سبيل الدوام ، ومن نكاح اختها على سبيل الجمع .

والمرادبثبوت حرمة المحرم جواز النظرالىمنحرم عليه نكاحهنبالمصاهرة تحريم تأبيد .

وأما الوطيء بالشبهة ، فهل ينشر حرمة المصاهرة ؟ سلف البحث فيه،لكن لاخلاف أنه لايثبت به حرمة المحرم .

قال رحمه الله : وأما النظر فيما يسوغ لغير المالك ،كنظر الوجه ولمس الكف ، لاينشر الحرمة . ومالايسوغ لغير المالك ،كنظر الفرج والقبلة ومس

---

(١) المبسوط ٤/٢٠٣ .

باطن الجسد بشهوة ، فيه تردد ، أظهره أنه يثمر كراهية . ومن نشر به الحرمة ، قصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة، دون أم المنظورة والملموسة وبنتها .

أقول: منشؤه : النظر الى أصل الاباحة، ويؤيده عموم قوله تعالى «فانكحوا ماطاب لكم من النساء »[١] وعموم قوله تعالى « أو ماملكت أيمانكم »[٢] وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى رواية محمد بن علي قال : سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن الرجل يكون له الجارية يقبلها هل يحل لولده ؟ فقال : بشهوة ، قلت : نعم ، فقال : ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة، فقال ابتداءاً منه ان جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه[٣].

وفي معناها رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه‌السلام[٤]. وهو اختيار الشيخ في النهاية[٥].

واعلم أن الشيخ المفيد قدس الله روحه قصر التحريم على منظورة الاب دون منظورة الابن ، وتبعه أبو الصلاح ، عملا بروايتي محمد بن مسلم وجميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه‌السلام[٦].

وحكاه سلار رواية ، وقال الشيخ في المبسوط : النظر الى الفرج ينشر حرمة المصاهرة ، حكاه عنه صاحب كشف الرموز .

---

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) نفس الاية .

(٣) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٠٩ .

(٤) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٠٨ ـ ٢٠٩ ، ح ٤٦ .

(٥) النهاية ص ٤٩٦ .

(٦) تهذيب الاحكام ٧ / ٢٨٢ ، ح ٢٩ .

قال رحمه الله : اذا دخل بصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها ، حرم عليه وطؤها ولم تخرج من حباله ، ولولم يفضها لم يحرم على الاصح .

أقول : ظاهر كلام الشيخ في النهاية[١] يقتضي التحريم مطلقاً ، سواء حصل الافضاء بالدخول أو لم يحصل ، وهو ظاهر كلام المتأخر ، ولعله اعتماد على رواية سهل بن زياد عن يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا قال : اذا خطب الرجل المرأة ، فدخل بها قبل أن يبلغ تسع سنين فرق بينهما ولاتحل له أبداً[٢].

لكن الرواية ضعيفة، وسهل ضعيف ، وهي مع ذلك معارضة بالاصل وعمومات الايات الدالة على اباحة الزوجات والمشهور من الروايات ، فهي اذن ساقطة .

والمراد بالتفريق في الخبر تحريم الوطىء لافسخ العقد ، ولاتحريم امساكها زوجة . وهذا التفسير ذكره المتأخر في تفسير كلام النهاية ، وهو حسن .

قال رحمه الله : من زنا بامرأة لم تحرم عليه نكاحها ، وكذا لو كانت مشهورة بالزنا ، وكذا لو زنت امرأته وان أصرت ، على الاصح .

أقول : لاخلاف أن مع عدم الاصرار لاتحرم الزوجة . وانما الخلاف لو حصل الاصرار ، فذهب الشيخ وأتباعه والمتأخر الى أنها لاتحرم ، عملا باصالة الاباحة ، تمسكاً بعموم الاية . وقال المفيد : يحرم امساكها مع الاصرار ، الا أن تظهر التوبة ، وأطلق سلار القول بالتحريم .

قال رحمه الله : لو أسلم وعنده أربع حرائر وثنيات ، فأسلم معه اثنتان ، ثم اعتق ولحق به من بقي ، لم يزد على اختيار اثنتين ، لانه كمال العدد المحلل له ، ولو أسلمن [كلهن] ثم أعتق ثم أسلم ، أو أسلمن بعد عتقه واسلامه في العدة،ثبت نكاحه عليهن ، لاتصافه بالحرية المبيحة للاربع ، وفي الفرق اشكال .

---

(١) النهاية ص٤٥٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣١٢/٧ ، ح٥٠ .

أقول : منشؤه : النظر الى وجود الحرية المبيحة للاربع في الصورتين ، فيكون له اختيار الاربع جميعاً في الصورة الاولى ، عملا بالمقتضي .

والالتفات الى أن الاعتبار بحال ثبوت الاختيار ، والاختيار انما ثبت له حال العبودية ، فاذا أعتق لم يتغير قدر ماثبت له بعتقه ، كما أنه لو أسلم الحر موسراً وعنده أربع زوجات أماء ، فلم يتخير حتى أعسر ، لم يكن له أن يختار واحدة منهن ، اعتباراً بحال ثبوت الاختيار .

ولو كان معسراً حين أسلم معه ، فأيسر بعد ذلك ، كان له أن يختار واحدة ، اعتباراً بحال ثبوت الاختيار ، ولاينظر الى تغير الحال فيما بعد ، وهو اختيار الشيخ محتجاً بعين هذا الدليل .

فاذا تقرر هذا ، فله اختيار أي الاثنتين شاء السابقتين على عتقه ، أو المتأخر عنه ، وله أن يتزوج بأخريين ، أو يستأنف العقد على الاثنتين اللاحقتين .

قال رحمه الله : اختلاف الدين فسخ لاطلاق ـ الى قوله : ولو كان المهر فاسداً ، وجب به مهر المثل مع الدخول ، وقبله نصفه ان كان الفسخ من الرجل . ولو لم يسم مهراً والحال هذه ، كان لها المتعة كالمطلقة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن ارتداد الزوج قبل الدخول فسخ ، حصل قبل الدخول فأشبه الطلاق ، فتجب لها المتعة ، كالمطلقة التي لم يسم لها مهراً صحيحاً ولافاسداً ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

والالتفات الى أصالة براءة الذمة ، ولان حملها على المطلقة قياس ، وهوعندنا باطل ، فلايجب لها شيء . ويحتمل وجوب نصف مهر المثل . أما لو حصل الارتداد بعد الدخول ولم يسم لها مهراً وجب مهر المثل قطعاً .

قال رحمه الله : نكاح الشغار باطل ، وهو أن تتزوج امرأتان برجلين على أن

---

(١) المبسوط ٤/٢٢٥ .

يكون مهر كل واحدة نكاح الاخرى . أما لو زوج الوليان كل منهما صاحبه وشرط لكل واحدة مهراً معلوماً ، فانه يصح .

ولوزوج أحدهما الاخر وشرط أن يزوجه الاخرى بمهر معلوم، صح العقدان ويبطل المهر ، لانه شرط مع المهر تزويجاً ، وهو غير لازم ، والنكاح لايدخله الخيار ، فيكون لها مهر المثل ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى تطرق الجهالة في المهر ، فيكون باطلا . أما المقدمة الاولى ، فلانه جعل تزويج كل واحدة منهما شطر صداق الاخرى ، فالبضع لم يشرك فيه اثنان حتى يكون شغاراً ، فيبطل النكاح .

وانما قلنا انه جعل تزويج كل واحدة شطر صداق الاخرى ـ لانه مارضي لبنته مهراً الا بشرط أن يحصل له نكاح بنت زوجها، وهو شرط باطل لايلزم الوفاء به فيبطل صداق المائة .

أما أولا ، فلان التزويج بعض الصداق هنا وقد بطل ، فيبطل جميع الصداق اذ بطلان الجزء يستلزم بطلان الكل، لاستحالة وجوده من حيث أنه كل بدونه .

وأما ثانياً ، فلانه على تقدير عدم الوفاء بالشرط الذي هو التزويج يجب أن يرد الى المائة مانقص من الصداق لاجل الشرط ، وذلك القدر مجهول ، فيبطل الصداق واذا بطل سقط ووجب مهر المثل والنكاح بحاله ، لان النكاح لايفسد بفساد الصداق . هذا خلاصة كلام الشيخ في المبسوط[1].

والالتفات الى أنه شرط سائغ، فيكون لازماً . أما الاولى، فلان تزويج كل واحد من الرجلين بنت الاخر مشروع اجماعاً. وأما الثانية، فلقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم »[2] ولانه شرط وقع في عقد لازم ، فيكون لازماً بالاغلبية .

---

(١) المبسوط ٤/ ٢٤٤ .

(٢) عوالى اللئالى ١/ ٢٩٣ ، برقم : ١٧٣ .

قال رحمه الله : لايقع بالمستمتع بها ايلاء ولالعان على الاظهر .

أقول: مذهب الشيخ رحمهالله أنه لايقع، وتبعه أبو الصلاح والمتأخر، وقال المرتضى وشيخنا المفيد : انه يقع .

لنا ـ الروايات المشهورة المنقولة عن أهل البيت عليهم السلام .

قال رحمه الله : وفي الظهار تردد ، أظهره أنه يقع .

أقول: منشؤه: النظر الىعموم الاية فيقع، وبه أفتى المفيد والمرتضى وابن أبي عقيل وأبو الصلاح .

والالتفات الىأن المتمتع بها ليس لها اجبار الزوج على النكاح ، فلا يقع بها الظهار ، لعدم الفائدة ، وبه أفتى ابن بابوية والمتأخر، عملا برواية علي بن فضال[1].واعتبارفائدة الظهار في المطالبة بالوطيء ممنوع،والرواية مرسلة فليست حجة .

قال رحمه الله : وتعتد من الوفاة ولولم يدخل بها ، بأربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حائلا ، وبأبعد الاجلين ان كانت حاملا ، على الاصح .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده عموم آية الوفاة ، وبه روايات كثيرة عن أهل البيت عليهم السلام قال المفيد وسلار: وعدتها شهران وخمسة أيام وهوظاهر كلام المرتضى، واختاره القاضي عبدالعزيز بن البراج، ومستنده رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:سألته عن رجل تزوج متعة ثم مات عنها ماعدتها؟ قال : خمسة وستون يوماً[2]. وحملها الشيخ رحمه الله على كون الزوجة مملوكة، توفيقاً بين الروايات ، وهو حسن .

قال رحمه الله : لوباع أمة وادعى أن حملها منه ، فانكر المشتري ، لم يقبل

---

(١) من لايحضره الفقيه ٥٣٤/٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٨/٨ ، ح ١٤٦ .

قوله في افساد البيع ، ويقبل في التحاق الولد ، لانه اقرار لايتضرر به الغير، وفيه تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى عموم قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »[١] فيكون مقبولا، ولانه اقرار لايتضرر به المشتري، سواءاً باعه الامة بحملها أو منفردة عنه.

والالتفات الى أن في هذا الاقرار اضراراً بالغير ، فلا يكون مسموعاً . أما الصغرى، فلوجوب فكه من تركة أبيه مع القول بالتحاقه بتقدير الموت ولم يخلف وارثاً سواه ، وهو اضرار عظيم بالمشتري . وأما الكبرى ، فلقوله عليه السلام « لاضرر ولا اضرار في الاسلام »[٢] ولانعقاد الاجماع عليها .

قال رحمه الله في فصل العيوب : والجنون سبب لتسلط الزوجة على الفسخ ، دائماً كان أو أدواراً . وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطىء ،أو بعد العقد والوطىء وقد يشترط في المتجدد أن لايعقل أوقات الصلاة ، وهو في موضع التردد .

أقول : الاشتراط ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٣] والخلاف[٤]، وقال في النهاية: ان اختارت فراقه كان على وليها طلاقه[٥].

وأما منشأ التردد : فالنظر الى أصالة لزوم العقد ، فلايتسلط على فسخه الا بدليل ولم يثبت في غير المستغرق لاوقات الصلاة .

والالتفات الى ظاهر رواية القاسم بن محمد عن علي بن أبي حمزة قال : سئل أبو ابراهيم عليه السلام المرأة تكون لها الزوج قد أصيبت في عقله من بعد ما تزوجها أو

---

(١) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٢٠ و٣٨٣ و٢/٧٤ و٣/٢١٠ .

(٣) المبسوط ٤/٢٥٠ .

(٤) الخلاف ٢/١٨٣ .

(٥) النهاية ص٤٨٦ .

عرض له جنون ، قال : لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت[١].

فشرع لها الفسخ مطلقا ، ولم يعتبر الاستغراق وعدمه ، ولاطلاق الولي أيضاً، لكن الرواية ضعيفة ، فان القاسم بن محمد وعلي بن أبي حمزة واقفيان .

والمعتمد في الاستدلال على ثبوت الفسخ مطلقاً أن يقال : لاجرم أن الجنون سبب مانع من الاستمتاع كما ينبغي، وتستضربه المرأة ضرراً عظيماً ، فيسوغ لها الفسخ ، دفعاً للضرر الناشيء من فوات ثمرة العقد .

قال رحمه الله: والعنن مرض يضعف معه القوة عن نشر العضو ـ الى قوله : فلو وطأها ولو مرة ، ثم عن أو أمكنه وطؤ غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط[٢]: اذا كان له أربع نسوة ، فعن عن واحدة دون الثلاث ، لم يحكم لها بحكم العنة عند أصحابنا ، وقال المخالف : لها حكم نفسها ويضرب لها المدة .

وبمعناه قال في الخلاف[٣]، ونسب القول الاخر الى الشافعي،و استدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

قال رحمه الله : ولو حدث الجب لم يفسخ به ، وفيه قول آخر .

أقول : قال الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥]: لاترد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون الذي لايعقل معه أوقات الصلاة ، وقال المخالف : اذ احدث واحد من الاربعة : الجنون والجذام والبرص والجب ، فلها الخيار ، وعندنا أنه لاخيار

---

(١) تهذيب الاحكام ٤٢٨/٧ ـ ٤٢٩ ، ح١٩ .

(٢) المبسوط ٢٥٠/٤ .

(٣) الخلاف ١٨٣/٢ .

(٤) المبسوط ٢٥٢/٤ .

(٥) الخلاف ١٨٣/٢ .

في ذلك ، واحتج في الخلاف بأن العقد قد صح شرعاً ، وثبوت الرد يحتاج الى دليل ، وحيث لادلالة فلارد .

قال رحمه الله : أما الجنون ، فهو فساد العقل ـ الى قوله : مع غلبة المرة .

أقول : قال صاحب الصحاح : المرة احدى الطبائع الاربع ، والمرة القوة وشدة العقل أيضاً ، ورجل مريرأي : قوي ذومرة[١].

قال رحمه الله : وأما العرج ، ففيه تردد ، أظهره دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد .

أقول : منشؤه : النظر الى التمسك بمقتضى العقد ، وهو اللزوم وعدم التسلط على الفسخ ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣].

والالتفات الى أن في ذلك عضاضة على الزوج ، وربما نفرت نفسه منه وتضرر به ، فيسوغ له الفسخ دفعاً لمضرته ، وهو اختيار الشيخ في النهاية[٤]. والذي ذكره المصنف توسط بين القولين ، ولا بأس به .

قال رحمه الله : العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، ومايتجدد بعد العقد والوطيء لايفسخ به ، وفي المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد ، أظهره أنه لايبيح الفسخ ، تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة لزوم العقد ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، للاخبار والاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى عموم الاخبار الواردة بثبوت الرد مع وجود هذه العيوب ، ولم يفصلوا بين العيب السابق على العقد أو المتأخر عنه ، وهو اختيار الشيخ في

---

(١) صحاح اللغة ٢ / ٨١٤ .

(٢) المبسوط ٢ / ٢٥٠ .

(٣) الخلاف ٢ / ١٨٢ .

(٤) النهاية ص٤٨٥ .

المبسوط[1] والخلاف[2].

قال رحمه الله في المهور : وهل يجب تعيين الحرف .

أقول : المراد بالحرف هنا القراءة ، يقال قرأت بحرف أبي عمرو ، أي : بطريقته .

قال رحمه الله : قيل : اذا لم يسم [لها] مهراً وقدم لها شيئاً ثم دخل ، كان ذلك مهرها ـ الى قوله : واستناداً الى قول مشهور .

أقول : هذه المسألة أفتى بها الشيخان وابن البراج وسلار ، وتبعهم المتأخر ، مدعياً للاجماع عليها محتجاً به .

والمراد بالرواية ماروي عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل بها فأولدها ثم مات عنها ، فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها ، فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث ، قال فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فان الذي أخذت من قبل أن يدخل عليه ، فهو الذي حل للزوج به فرجها ، قليلا كان أو كثيراً ، اذ هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه ، فلا شيء لها بعد ذلك[3].

ولاجرم أن هذه الرواية مطلقة ، فتأولها الشيخان وأتباعهما بما ذكروه ، جمعاً بين الادلة ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو نقصت عين المهر أو صفته ، مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة ، قيل : كان لها نصف القيمة [سليماً] ولا يجبر على أخذ نصف العين وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المفروض مهراً انما هو العين دون القيمة ،

---

(١) المبسوط ٤/٢٥١ .

(٢) الخلاف ٢/١٨٣ .

(٣) تهذيب الاحكام ٧/٣٥٩ ، ح٢٢ .

فيجب أخذ نصف الموجود منها ونصف قيمة التالف ، عملا بظاهر قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقدفرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم »[١] أي : فلكم نصف مافرضتم ، لانه تعالى جعل النصف مستحقاً بالطلاق ، ولايجوز أن يكون المستحق للنصف بالطلاق الزوجة ، لانها كانت مالكة لجميع المهر بالعقد ، فتعين أن يكون الزوج ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣].

والالتفات الى أن المفروض انما هو العين سليمة من جميع العيوب ، فيكون بالخيار بين أخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، وبين أخذ نصف قيمتها معاً ، دفعاً للضرر الناشي من وجوب أخذ نصف العين معيباً ، وهو القول الاخر للشافعي ، واختاره الشيخ في المبسوط أولا .

قال رحمه الله : ولو زاد بكبر أو سمن ، كان له نصف قيمته من دون الزيادة ولاتجبر المرأة على دفع العين ، على الاظهر .

أقول : قال الشيخ رحمه‌الله في المبسوط[٤] بعد أن خير المرأة في هذه الصورة بين دفع نصف العين ، وأوجب على الزوج القبول حينئذ ، وبين دفع القيمة من دون الزيادة ، ويقوى في نفسي أن له الرجوع في نصفه مع الزيادة التي لاتتميز ولقوله تعالى « فنصف مافرضتم »[٥] وان كان الاول قوياً .

والاول عندالمتأخر أولى ، لانه نماء حدث في ملكها ، فيكون لها . والمقدمتان اجماعيتان .

قال رحمه الله : ولو أصدقها تعليم سورة ثم طلقها قبل الدخول والتعليم ،

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٢) المبسوط ٤ / ٢٧٧ .

(٣) الخلاف ٢ / ١٩١ .

(٤) المبسوط ٤ / ٢٧٧ ـ ٢٧٨ .

(٥) سورة البقرة : ٢٣٧ .

قيل : يعلمها النصف من وراء الحجاب ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ولان التعليم حق لها ، فيجوز توفيتها اياه كغيره من الحقوق ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2]، محتجاً بأن الذي وجب عليه واستقر تعليم نصف ماسمي ، فايجاب غيره يحتاج الى دليل .

والالتفات الى أن تعليم نصف السورة يستدعي سماع صوت المرأة الاجنبية وهو غير جائز . أما أولا ، فلان صوت المرأة عورة . وأما ثانياً ، فلانه لايؤمن من الافتتان بها ، وهو الوجه الاخر للشافعي ، ولعله الاقرب .

قال رحمه‌الله: ولوشرط لامرأته مهراً ان أبقاها في بلده وأريد منه ان أخرجها فأخرجها الى بلد الشرك ، لم يجب اجابته . وان أخرجها الى بلاد الاسلام ، كان الشرط لازماً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية علي بن رئاب عن أبي الحسن موسى عليه‌السلام قال : سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن يخرج بها الى بلاده ، فان لم تخرج معه ، فمهرها خمسون ديناراً ، أرأيت ان لم تخرج معه الى بلاده ، قال فقال : ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك ، فلاشرط له عليها في ذلك ، ولها مائة دينار التي أصدقها اياها . وان أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام ، فله ماشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم ، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي اليها صداقها وترضى من ذلك بما رضيت به وهو جائز[3].

---

(١) المبسوط ٢٧٥/٤ .

(٢) الخلاف ١٩٠/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٣٧٣/٧ ، ح٧٠ .

وهذه الرواية حسنة ، وعليها فتوى الشيخ في النهاية ، بناءاً على أنه اذا شرط لامرأته أن لايخرجها من بلدها ، كان الشرط لازماً .

والالتفات الى مقتضى العقد تسلط الزوج على الزوجة استمتاعاً واسكاناً ، والشرط المذكور مناف لمقتضاه[١]، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة ، فلا يثبت المشترط ، وبه أفتى المتأخر ، بناءاً على أنه اذا شرط لها أن لايخرجها من بلدها كان الشرط باطلا ، ونقل عن الشيخ رحمه الله أنه رجع عن ذلك في الخلاف[٢] في مسألة اذا أصدقها ألفاً وشرط أن لايسافر بها ، فالشرط باطل والنكاح والصداق صحيحان .

واعلم أن بين المسألتين فرقاً بعيداً ، على أنا نمنع بطلان هذا الشرط ، عملا بعموم قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم »[٣].

قال رحمه الله : الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين ، ولها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه .

أقول: قال الشيخ رحمه‌الله في الخلاف : ليس للمرأة أن تتصرف في الصداق قبل القبض ، محتجاً بأن جواز التصرف بعد القبض مجمع عليه ولادليل على جواز تصرفها قبله وبأنه روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع مالم يقبض[٤]. والحق الجواز .

لنا ـ عموم قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم »[٥] والمنع عن بعض التصرفات ، وهو البيع على تقدير تسليمه لايستلزم المنع عن باقي التصرفات ،

---

(١) في «س» : لمقتضاها .

(٢) الخلاف ٢ / ١٩٩ مسألة ٣٢ .

(٣) عوالي اللئالي ١ /٢٩٣ و٢ /٢٧٥ و٣ /٢١٧ .

(٤) الخلاف ٢ / ١٩١ مسألة ٧ .

(٥) عوالي اللئالي ١ /٢٢٢ و٤٥٧ و٢ /١٣٨ و٣ /٢٠٨ .

وهو ظاهر .

قال رحمه الله : واذا عفت المرأة عن نصيبها ، أو عفى الزوج عن نصيبه ـ الى قوله : ولايفتقر الى القبول على الاصح .

أقول : قد مر بحث أن القبول هل هو شرط في صحة الابراء أم لا ؟

قال رحمه الله : اذا زوج ولده الصغير ، فان كان له مال ، فالمهر على الولد وان كان فقيراً ، فالمهر فيعهدة الوالد . ولومات الولد ، أخرج المهر من أصل تركته ، سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك .

فلو دفع الأب المهر وبلغ الصبي وطلق قبل الدخول ، استعاد الولد النصف دون الوالد ، لان ذلك يجري مجرى الهبة .

ثم قال : لو أدى المهر عن ولده الكبير تبرعاً ، ثم طلق الولد ، رجع الولد بنصف المهر ، ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ماذكرناه فيالصغير ، وفي المسألتين تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن أداء المهر عن الولد بمنزلة الهبة له ، فلايجوز الرجوع فيه .

أما الصغرى ، فلان المهر عوض البضع ، وهو ملك للولد اجماعاً ، فيكون عوضه وهو المهر واجباً عليهكغيره من الاثمان ، واذا ثبت أن المهر يتعلق بذمة الولد بنفس العقد ، تبين أن أداء الوالد للمهر جار مجرى الهبة له .

وأما الكبرى ، فاجماعية عندنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]. ولقائل أن يمنع الصغرى ، سلمنا لكن لم قلت أن المنزل منزلة الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء ، هذا هو القياس بعينه ، وهو عندنا باطل .

والالتفات الى أصالة بقاء الملك على مالكه وعدم انتقاله عنه ، ترك العمل بها

(١) المبسوط ٤/٢٩٢ .

في الصورة الاولى ، فيبقى معمولا بها في الثانية .

قال رحمه الله : ولو بات عند الامة ليلة ، ثم اعتقت قبل استيفاء الحرة ، قيل: يقضي الامة ليلة ، لانها ساوت الحرة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أنها ساوت الحرة قبل توفية حقها عليها ، فينبغي أن يكون حقها مثل حق الحرة ، لانها حرة مثلها ، ويؤيده عموم قوله تعالى«ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة»[1] أي : التي لازوج لها ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

والالتفات الى أنها انما صارت حرة بعد استيفاء حقها ، فلاتجب لها شيء آخر ، بل يبتدىء بالقسمة بعد توفية الزوجة الاخرى حقها ، وهذا عندي أقوى .

قال رحمه‌الله : ويستحب أن يقرع بين الزوجات اذا أراد استصحاب بعضهن في السفر ، وهل يجوز العدول عن من خرج اسمها الى غيرها ؟ قيل : لا ، لانها تعينت للسفر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز ، ولان القسم في السفر حق للزوج فقط ، فجاز له تركه ، اما بأن يعدل الى غيرها من الزوجات أولا يستصحب معه واحدة منهن .

والالتفات الى أن القرعة قد عينتها للسفر ، فلايجوز العدول عنها الى غيرها ، والا لم يكن للقرعة فائدة ، فيكون الامر بها عبثاً ، وهو باطل ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[3].

قال رحمه الله : وهل بعث الحكمين على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الاظهر

---

(١) سورة النساء : ١٢٩ .

(٢) المبسوط ٤ / ٣٣٢ .

(٣) المبسوط ٤ / ٣٣٣ .

أنه تحكيم .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف [١] الى أنه تحكيم ، محتجاً بوجوه :

الاول : قوله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »[٢] وظاهر الاية دالة على التحكيم ، لانه لم يقل فابعثوا وكيلا .

الثاني : الخطاب الشرعي اذا ورد مطلقاً انصرف الى الائمة والقضاة ، وهذا من جملة ذاك .

الثالث : لو توجه الخطاب الى الزوجين لقال : فابعثا ، والتالي باطل فالمقدم مثله ، والشرطية ظاهرة اذ هما اثنان .

الرابع : قوله تعالى « ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما »[٣] فأضاف تعالى الارادة الى الحكمين ، ولو كانا وكيلان[٤] لم يضف اليهما .

الخامس : روى الاصحاب أنهما يمضيان[٥] ما اتفق رأيهما عليه الا الفرقة ، فانهما يستأذناهما ، فدل أنه على سبيل التحكيم ،لان التوكيل لايجوز فيه انفاذ شيء الا باذن الموكل ، وعليه المتأخر ، وماعرفت من الاصحاب فيه خلافاً ، بل من الجمهور .

قال رحمه الله : ولو وطىء أمته ، ووطأها آخر فجوراً ، ألحق الولد بالمولى . ولو حصل مع ولادته امارة يغلب بها الظن أنه ليس منه ، قيل : لم يجز له الحاقه ولانفيه عنه ، بل ينبغي أن يوصي له بشيء ولايورثه ميراث الاولاد ، وفيه تردد .

---

(١) الخلاف ٢ / ٢١١ .

(٢) سورة النساء : ٣٥ .

(٣) سورة النساء : ٣٥ .

(٤) في « م » : ولوكان توكيلا .

(٥) في « س » : يصيبان .

أقول : منشؤه : النظر الى الرواية[١]، وعليها فتوى الشيخ في النهاية[٢].

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « الولد للفراش »[٣] وهذا فراش، فيكون لاحقاً اليه مالم ينفه ، فان نفاه فلا لعان . وهو اختيار المتأخر ، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله : فرع ـ لو ادعى الاب وجود متبرعة وأنكرت الام ، فالقول قول الاب ، لانه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى كون الام منكرة ، فيكون القول قولها، عملا بقوله عليه السلام « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر »[٤] ولان ارضاع الولد حق لوالديه، وهومدع لاسقاطه بوجود متبرعة ، فيكون القول قولها الا أن يقيم البينة بذلك .

والالتفات الى أن انكار الام لوجود المتبرعة يتضمن دعوى شغل ذمة الاب بايجاب الاجرة عليه ، والاصل براءة الذمة ، فمن ادعى شغلها بشيء من الاشياء فعليه البينة وعلى المنكر اليمين ، للخبر المذكور ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

قال رحمه الله : لو فقد الابوان ، فالحضانة لاب الاب ، فان عدم قيل : كانت الحضانة للاقارب ، ويترتبون ترتب الارث ، نظراً الى الاية ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله تعالى « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[٥] قال الشيخ رحمه الله في المبسوط[٦] والخلاف : وهذا عام في كل

---

(١) تهذيب الاحكام ١٨٣/٨ ، ح ٦٥ .

(٢) النهاية ص ٥٠٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٨٣/٨ ، ح ٦٤ .

(٤) عوالى اللئالى ٢٤٤/١ و ٤٥٣ و ٢٥٨/٢ .

(٥) سورة الانفال : ٧٥ .

(٦) المبسوط ٤٢/٦ .

شيء الا ما خصه الدليل[١].

والالتفات الى أن اثبات الحضانة لغير الاب والام والجد للاب حكم شرعي، فيفتقر الى الدليل الشرعي، وحيث لادلالة فلاحكم ، ونمنع دلالة الاية على موضع النزاع .

قال المتأخر بعد أن أورد معظم ماذكره الشيخ رحمه الله في الخلاف في هذا المعنى : هذا من تخريجات المخالفين ومعظمه قول الشافعي، وناؤهم على القول بالعصبية ، وذلك عندنا باطل، ولاحضانة عندنا الا للام والاب . أما غيرهما، فليس له ولاية سوى الجد من قبل الاب خاصة .

قال رحمه الله : اذا طلبت الام للرضاع أجرة زائدة عن غيرها ، فله تسليمه الى الاجنبية ، وفي سقوط حضانة الام تردد ، والسقوط أشبه .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحضانة هل هي تابعة للرضاع أم لا ؟ فان قلنا بالاول سقطت والا فلا ، والحق أنها لاتسقط .

لنا ــ أنهما شيئان متغايران ، وتداخلهما على خلاف مقتضى الاصل، فلايصار اليه الا بدليل . أما أنهما شيئان متغايران، فلانه يصح استئجار المرأة للحضانة دون الرضاع وبالعكس، ولولا التغاير لماصح ذلك . وأما الكبرى فظاهرة ، وهو اختيار المتأخر رحمه الله . فاذا ثبت أنها لاتسقط وجب على الام تسليمه الى المرضعة كلما احتاج الى الرضاع ، ثم اذا روي لبناً أخذته منها بحق الحضانة ثم هكذا .

قال رحمه الله : وفي وجوب نفقة الزوجة بالعقد أو بالتمكين تردد ، أظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكين .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب الانفاق، ترك العمل بها في صورة حصول التمكين من الاستمتاع ، للاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما

---

(١) الخلاف ٢/٣٣٦ .

عداها ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى اطلاق الروايات الدالة على وجوب الانفاق على الزوجات .

قال رحمه الله : وفي وجوب الانفاق على آباء الابوين وأمهاتهم تردد ، أظهره الوجوب .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه هل يطلق على هؤلاء الاباء والامهات اسم الاب والام أم لا ؟ فان قلنا بالاول نظراً الى العرف ، أوجبنا النفقة لورود النص بوجوب النفقة على الابوين . وان لم نقل به نظراً الى الوضع اللغوي ، لم نوجب شيئاً ، تمسكاً بأصالة براءة الذمة السالمة عن معارضة النص وفتوى الاصحاب طراً على الاول . وأما الثاني ، فمذهب مالك من الجمهور .

فصل

(ذكر الترددات المذكورة في القسم الثالث في الايقاعات)

قال رحمه الله: وتجوز الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً وللحاضر على الاصح.

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة مستوفى ، فلا معنى لاعادته .

قال رحمه الله : ولو نظر الى زوجته وأجنبية ، فقال : احداكما طالق ، ثم قال: أردت الاجنبية قبل . ولو كان له زوجة وجارة وكل منهما سعدى، فقال: سعدى طالق ، ثم قال : أردت الجارة لم يقبل ، لان « احداكما » يصلح لهما ، وايقاع الطلاق على الاسم لايصرف الى الاجنبية ، وفي الفرق نظر .

أقول : منشؤه : النظر الى أن « احداكما » لفظ متواط يقع على الزوجة والاجنبية وقوعاً متساوياً، فيقبل قول الزوج في التخصيص، لانه أبصر بقصده ونيته.

وليس كذلك المسألة الثانية ، لان العلم في أصل اللغة انما وضع لشيء بعينه غير متناول ماأشبهه ، فاذا أطلق على آخر كان بنوع من الاشتراك ، فاذا ثبت أنه مشترك لم يكن حمله على كلي مفهوميه على سبيل الحقيقة ، لمابين في أصول الفقه بل على سبيل المجاز ، وهو غير نافع هنا .

واذا لم يجز حمله على كلي مفهوميه ، افتقر في دلالته على أحدهما الى قرينة

والالزم الترجيح من غير مرجح ، وهو باطل ، والقرينة هنا من طرفنا ، اذ العادة أن الطلاق لايواجه به الا الزوجة .

والالتفات الى أن « احداكما » كما يصلح أن يواجه بـه الزوجة وغيرهـا ، فكذلك سعدى علـى تقدير أن يكون موضوعاً لهمـا . وجميع ماذكرتموه في المسألة الاولى آت هنا ، فاما أن تنووه في الصورتين أو تمنعوا قبول قوله في الصورتين ، والافقبول النية في احدى الصورتين ومنعها في الصورة الاخرى مع تساويهما ترجيح من غير مرجح ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] .

وقول « احداكما » لفظ متواط ممنوع ، اذ المتواطـي يتناول الاشخاص المندرجة تحته على سبيل الجمع ، وليس كذلك أحدهما . واعلم أن الجمهور مطبقون على الفرق بين الصورتين .

قال رحمه الله : وفي ثبوت الارث مع سؤالها الطلاق تردد ، أشبهه أنه لا ارث ، وكذا لو خالعته أو بارأته .

أقول : هذه المسألة مبتنية على أن التوريث هل هو لمكان التهمة أم هو حكم معلق على طلاق المريض ؟ كيف ماكان فان قلنا بالاول ، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط[2]، لم يكن لها الميراث هنا ، لانتفاء التهمة بسؤالها .

وان قلنا بالثاني ، كما هـو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[3]، عملا بعموم الاخبار الدالة على ثبوت الارث مع حصول الطلاق في حال المرض مـن غير تفصيل كان لها الميراث .

واعلم أن المتأخـر أفتى بما اختاره الشيخ في الخلاف ، ونقل عن الشيخ

(١) المبسوط ٥/٩٠ .

(٢) المبسوط ٥/٨٠ .

(٣) الخلاف ٢/٢٤١ مسألة ٥٥ .

رحمه الله أنه أفتى في الجزء الثالث من الاستبصار بما أفتى به في المبسوط، عملا بما رواه زرعة عن سماعة قال: سألته عليه السلام عن رجل طلق زوجته وهو مريض، قال: ترثه مادامت في عدتها، فان طلقها في حال اضرار، فهي ترثه الى سنة، فان زاد عن السنة يوم واحد لم ترثه، وتعتد أربعة أشهر وعشراً عدة المتوفى عنها زوجها[١].

ثم قال: ومن العجب: انه تخصيص العموم في استنصاره بخبر سماعة الذي رواه زرعة، وهما فطحيان، فان كان يعمل بأخبار الاحاد، فلا خلاف بين من يعمل بها ان شرط العمل بذلك أن يكون راوي الخبر عدلا، والفطحي كافر، فكيف يعمل بخبره؟ ويخصص به العموم المعلوم، والمخصص يكون دليلا معلوماً كالمخصص فهذا لايجوز عند الجميع.

قال رحمه الله: ويعتبر في الزوج الذي يحلل المرأة شروط أربعة: أن يكون الزوج بالغاً، وفي المراهق تردد، أشبهه أنه لايحلل.

أقول: منشؤه: النظر الى قوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم »[٢] وفي رفع القلم عنه دليل على أنه لاحكم لجميع أفعاله، ومن جملتها تحليل الزوجة بوطئه، وهو اختيار المتأخر.

والالتفات الى عموم قوله تعالى « حتى ينكح زوجاً غيره »[٣] فعلق الحل بنكاح الزوج، ولاجرم أن المراهق يسمى زوجاً، ويؤيده قوله عليه السلام « حتى تذوق عسيلتها وتذوق عسيلته »[٢] ولاريب أن المراهق أعني: الصبي الذي قارب البلوغ

---

(١) الاستبصار ٣/٣٠٧ ح ١٤.

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٠٩.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٠.

له عسيلة. أي :لذة الجماع ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[١] والخلاف ، قال: ولا يلزم عليه غير المراهق ، لانه لايعرف العسيلة[٢].

قال رحمه الله: ولو قال: راجعتك اذا شئت أو ان شئت لم يقع، ولو قالت: شئت ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه:النظر الى أنه علق الرجعة بشرط وقد وجد، فيوجد المشروط عملا بالشرط،ولقوله عليه السلام« المؤمنون عند شروطهم »[٣] وهذا خبر في معنى الامر.

والالتفات الى أن الرجعة حق للزوج فقط ،فلا اعتبار بمشيتها ، فيكون وجود هذا الشرط كعدمه ، فلا تصح الرجعة ، ولانه ايقاع فلا يصح معلقاً على شرط أو صفة ،قياساً على الطلاق ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤].

قال رحمه الله : ولو ادعى أنه راجع زوجته الامة في العدة فصدقته ، وأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة، فالقول قول الزوج . وقيل : لايكلف اليمين لتعلق حق النكاح بالزوجين ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الرجعة استباحة بضع تتعلق بالزوجين فقط، فمع تصادقهما على صحتهما يحكم بصحتها شرعاً ، عملا بقوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »[٥].

ولايفتقر في الحكم بصحة قوله الى يمين ، اذ فائدة اليمين : اما اسقاط دعوى

(١) المبسوط ٥/١٠٩ ـ ١١٠ .

(٢) الخلاف ٢/٢٤٩ - ٢٥٠ .

(٣) عوالى اللئالى ١/٢٩٣ ، برقم : ١٧٣ .

(٤) المبسوط ٥/١٠٦ .

(٥) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

المدعي، أو اثبات مايدعيه ، وهي منتفية هنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

والالتفات الى أن الرجعة اثبات لنوع تسلط وسلطنة على الامة ، فيقف ثبوتها على اذن المالك لانها ماله ، والنبي عليه‌السلام قال : لايحل مال امرىء مسلم الاعن طيب نفس منه[٢]. ومع دعواه لانقضاء العدة وانكاره وقوع الرجعة قبل خروجها من العدة لم يحصل الاذن ، فلا يحكم بصحة الرجعة ، ونمنع تعلق حق النكاح بالزوجين فقط ، بل انما نقول بذلك اذا كانا حرين فحسب . ويحتمل أن يكون القول قول الزوج مع اليمين ، لانه يدعي الظاهر .

قال رحمه الله : ولاتجب العدة بالخلوة منفردة عن الوطىء على الاشهر .

أقول : ذهب الشيخ في النهاية[٣] الى وجوبها ، بناءاً على أن المهر يستقر بمجرد الخلوة ، فتجب العدة، للحكم بثبوت الوطىء المترتب عليه العدة ، وأنكره الباقون بناءاً على أنه لايستقر الابالدخول ، لان العدة تترتب على الوطىء ، فحيث لاوطىء فلا عدة . ولماكان الحق أن المهر لايستقر الابالدخول ، لاجرم كان القول بوجوب العدة بمجرد الخلوة ضعيفاً لضعف أصله .

قال رحمه الله : ويلزم المتوفى عنها [زوجها] الحداد ، وهو ترك مافيه ريبة ــ الى قوله : وفي الامة تردد ، أظهره أنه لاحداد عليها .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب الحداد ، ترك العمل بهافي الحرة ، للاتفاق عليه ، فيبقى معمولا بهافيما عداها ، وهو ظاهر كلام المتأخر .

والالتفات الى عموم الاحاديث الدالة على وجوب الاحداد على الزوجات ، وطريقة الاحتياط قاضية بذلك، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٤]، لقوله عليه‌السلام «لاتحل

---

(١) المبسوط ١٠٧/٥ .

(٢) عوالي اللئالي ١ /٢٢٢ ، برقم : ٩٨ .

(٣) النهاية ص٥١٢ .

(٤) المبسوط ٢٦٣/٥ .

لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً[١]. فشرع الاحداد على الزوجة أربعة أشهر وعشراً ، ولم يفرق في ذلك بين الامة والحرة .

قال رحمه الله : لانفقة على الغائب في زمان العدة ، ولو حضر قبل انقضائها نظراً الى حكم الحاكم بالفرقة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن نفقة الزوجة تابعة لبقاء زوجيتها ، ومع حكم الحاكم بالفرقة تنقطع الزوجية ، فتنقطع معلولها وهو النفقة ، عملا بالعلية ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[٢].

والالتفات الى أنها في حكم الزوجة مادامت في العدة ، فتجب لها النفقة لو حضر قبل انقضائها .

أما الصغرى ، فلانه أملك بها مع حضوره قبل خروجه من عدتها، ولولا أنها زوجته لما صح له ذلك الا بعقد جديد ومهر مستأنف .

وأما الكبرى فاجماعية، ولانها محبوسة عليه في هذه الحال، فتجب لها النفقة عليه .

أما لو حضر بعد انقضاء العدة قبل التزويج أو بعده ، ففي وجوب نفقتها عليه في زمان اعتدادها منه اشكال ، ينشأ : من انقطاع العصمة بينهما ، ومن أنها حال الاعتداد في حكم زوجته ، لما ذكرناه .

قال رحمه الله : ولو طلقت في مسكن دون مستحقها ، جاز لها الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن اخراج المعتدة من بيتها ، ولا

(١) المبسوط ٥/٢٦٥ .

(٢) المبسوط ٦/١٢ .

ريب في صدق اسم البيت هنا على المسكن الذي طلقت فيه مطلقا ، اذا المراد بالبيت المذكور في قوله تعالى « لاتخرجوهن من بيوتهن »[1] المسكن الذي يسكنها الزوج فيه وليس بمملوك لها ، بدليل أنه يقال : يسوغ اخراجها منه مع الاتيان بالفاحشة ، ولو كان ملكاً لها لما ساغ اخراجها منه على كل حال .

والالتفات الى أن على الزوجة في ذلك عضاضة ، وربما لحقها باعتباره عار وضرر ، فيشرع لها الانتقال الى مسكن يناسبها ، دفعاً للضرر ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) المبسوط ٢٥٤/٥ .

فصل

(ذكر الترددات المذكورة في كتاب الخلع)

قال رحمه الله : لو طلبت منه طلاقاً بعوض ، فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ، ولو طلبت منه خلعاً بعوض ، فطلق به لم يلزم البذل ، على القول بوقوع الخلع بمجرده فسخاً، ويلزم على القول بأنه طلاق ،أو أنه يفتقر الى الطلاق .

أقول : اعلم أن الذي يلوح في أول النظر عدم الفرق بين المسألتين في هذا التفصيل ، اذ لقائل أن يقول : لايخلو اما أن يكون المعتبر في استحقاق البذل الاتيان بالصيغة أو بمرادفها، فانكان الاول لميقع الخلع على القولين في الصورة الاولى، لايقاعه غير ملتمسها. ويقع الطلاق في الصورة الثانية رجعياً، ولايستحق باعتباره البذل ، لما قلناه أولا على القولين أيضاً .

وانكان المعتبر هو الثاني يأتي التفصيل في المسألتين ، فالفرق تحكم ، لكن الشيخ رحمه الله في المبسوط قال : لو قالت : خالعني على ألف مثلا ، ونوت به الطلاق ، فقال : طلقتك ، صح عندنا وعندهم . فأما ان قالت : طلقني على ألف ، فقال : خلعتك عليها ناوياً الطلاق ، فعلى مااخترناه لايقع ، وعلى ما

يذهب اليه بعض أصحابنا من أن تلفظ الخلع يقع الفرقة ينبغي الوقوع .

ثم قال بعد أن ذكر أن القائل بالوقوع من الاصحاب ينبغي له الاقتصار على لفظ الخلع . واذا اثبت هذا فعلى ما اخترناه من طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها به ، لم يصح على المذهبين جميعاً ، أعني : مذهبي أصحابنا ، لانه أجابها الى غير ملتمسها ، لانها طلبت منه فراقاً يقع به نقصان الطلاق ، فأجابها بمالاينقص الطلاق فأما ان طلبت منه فسخاً بعوض فطلقها به ، ينبغي أن يقول من أجاز من أصحابنا ذلك أنه لايقع، لاعطائها غير مطلوبها ، وحكى عن بعض الوقوع[1]. فأتبع المصنف تفصيله الاخر ، وليس بجيد .

قوله « لانه أجابها الى غير ملتمسها » قلنا متى يكون كذلك اذا جعلنا الخلع فسخاً أو طلاقاً ، الاول مسلم والثاني ممنوع ، لان صيغة الطلاق والخلع عند هذا القائل مترادفتان ، وقدمر في أصول الفقه صحة اقامة كل من المترادفين مقام صاحبه .

ومن العجب أن الشيخ والمصنف رحمهما الله ذكرا أن فائدة الخلاف الاعتداد به في عدد الطلقات على الثاني دون الاول ، ثم قالا هذه المقالة . واذا تقرر ماقلناه فالتفصيل الذي ذكرناه جيد .

قال رحمه الله : ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها وممن يضمنه باذنها، وهل يصح من المتبرع ؟ فيه تردد ، والاشبه المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن وقوع الخلع الشرعي بهذا النوع من البذل حكم شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية ، فحيث لادلالة فلا شرع ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3]، محتجاً بقوله تعالى « فان خفتم أن لايقيما حدود الله

(١) المبسوط ٣٤٨/٤ .

(٢) المبسوط ٣٦٨/٤ .

(٣) الخلاف ٢٢٢/٢ .

فلا جناح عليهما فيما افتدت به »[١].

فأضاف تعالى الفداء اليها ، وفي اضافته اليها دليل على أنه لايصح بذله من غيرها،وبأصالة بقاء العقد ، فيتمسك بها الى حين ظهور المزيل قطعاً،وأتبعه المتأخر.

والالتفات الى الاصل الدال على الجواز ، وبه قال جميع الفقهاء الا الثوري .

قال رحمه الله : أما لوقال : طلقها على ألف من مالها وعلي ضمانها ، أوعلى عبدها هذا وعلي ضمانه صح ، فان لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه أجنبي ، فلايصح بذل الفداء منه ، لما قدمناه، ولانه ضمان ما لم يجب ، فلا يكون لازماً .

والالتفات الى أن في ذلك مصلحة عامة مقصودة للعقلاء ، وهومما يمس الحاجة اليه ، فيكون مشروعاً لمساس الحاجة اليه ،كما لو قال عند خوف الغرق : ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه ، وان كانا جميعاً ضمان مالم يجب ، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[٢].

وفي الجمع بين قوله في هذه المسألة والتي قبلها تضاد ظاهر ، لان المصلحة الداعية الى مشروعيتهما واحدة ، فالعمل بها في احدى المسألتين الغاؤها في الاخرى ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل .

قال رحمه الله : وفي وقوع الظهار موقوفاً على الشرط تردد ، أظهره الجواز .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم الروايات الدالة على الوقوع ويؤيده عموم

---

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) المبسوط ٣٦٧/٤ .

الايه[١]، وبه أفتى الشيخ في النهاية[٢] والخلاف[٣].

والالتفات الى أن الظهار ايقاع،فلا يصح موقوفاً على شرط كالطلاق ، ويؤيده أصالة براءة الذمة،وحل الزوجة ممن حرم وطؤها بهذا النوع من الظهار، وأوجب الكفارة به فعليه الدلالة ، وبه أفتى المتأخر ، محتجاً بهذه الادلة ، ونقل ذلك عن شيخنا المفيد وعلم الهدى وجلة المشيخة من أصحابنا .

وبما قاله روايتان: احداهما عن أبي الحسن الرضا عليه السلام[٤]، والثانية عن أبي عبدالله عليه السلام[٥].

لكن المتأخر لايرضى بهما استدلالا ، لانهما مع كونهما من أخبار الاحاد ، فيهما ضعف، لان في طريق الرواية الاولى أباسعيدالادمي، وقد طعن فيه الشيخ رحمه الله وجماعة من أصحابنا ، وفي طريق الثانية ابن فضال ، وهو فطحي ، ومع ذلك فروايته مرسلة .

وأما الدلائل التي استدل بها فضعيفة جداً : أما الاول ، فلانه قياس محض ، وهو عندنا باطل . وأما الثاني ، فلان الاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بيناها .

لايقال : لاخلاف بين الاصحاب أن الظهار حكمه حكم الطلاق ومن جملة أحكام الطلاق أن لايقع موقوفاً على الشرط .

قلنا: هذه الدعوى ممنوعة،وهي منقوضة بمسائل كثيرة لاحاجة بنا الى تعدادها وانما هذا شيء ادعاه المتأخر واما نقله ذلك عن أكثر الاصحاب .

قال رحمه الله : وهل يقع الظهار بالموطوءة بالملك ؟ فيه تردد ، والمروي

(١) سورة المجادلة : ٢ .

(٢) النهاية ص٥٢٥ .

(٣) الخلاف ٢/ ٢٦٠ .

(٤) تهذيب الاحكام ٨/ ١٣ ، ح ١٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٨/ ١٣ ، ح ١٨ .

أنه يقع كما يقع بالحرة .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية اسحاق بن عمار قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته ، فقال : الحرة والامة في هذا سواء[١]. وفي معناها رواية ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام [٢] .

ورواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الظهار يقع على الحرة والامة؟ فقال: نعم[٣].وعليها فتوى الشيخ في النهاية[٤]والخلاف[٥]،محتجاً بالاجماع ، وعموم آية الظهار ، واختاره ابن أبي عقيل في المتمسك .

والالتفات الى أصالتي الاباحة وبراءة الذمة من وجوب الكفارة،فمن ادعى تحريم المملوكة وشغل الذمه بالكفارة ، فعليه الدلالة . وهو اختيار المفيد وعلم الهدى في بعض مسائلة وسلار وأبي الصلاح والمتأخر .

ويؤيده الرواية المروية عن أبيعبدالله عليه السلام في رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه قال : يأتيها وليس عليه شيء[٦].

والارجح الاول ، لان رواياته أصح طريقاً ، ومع ذلك فهي مؤيدة بعموم القرآن . وأما الرواية الدالة على عدم الوقوع ، فضعيفة لان في طريقها علي بن فضال ، وهو فاسد العقيدة ، وفي طريقها ابن بكير وهو أيضاً كذلك ، وحمزة بن حمران وهو مجهول الحال .

لايقال : ففي طريق روايتكم الاولى عمار ، وهو فطحي .

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٤/٨ ، ح ٥١ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٤/٨ ، ح ٥٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٧/٨ ، ح ٢٨ .

(٤) النهاية ص ٥٢٧ .

(٥) الخلاف ٢٥٩/٢ .

(٦) تهذيب الاحكام ١٠/٨ ، ح ٧ .

لانا نقول : عمار وان كان فطحياً ، لكن الشيخ وثقه وعمل بمفرداته ، ومع ذلك فهي مؤيدة بروايات أخر .

واعلم أن المتأخر قال : ان المملوكة ليست من النساء، فلا يدخل تحت الاية وليس بشيء وأن ذلك دعوى مجردة .

قال رحمه الله : ولو ظاهر من واحدة مراراً ، وجب عليه بكل مرة كفارة ، فرق الظهار أو تابعه ، ومن فقهائنا من فصل .

أقول: قال الشيخ في المبسوط : اذا ظاهر من امرأته مراراً لم يحل . اما أن يوالي أو يفرق، فان والى بأن قال : أنت علي كظهر أمي مراراً ، فان نوى بالثاني والثالث التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة بلا خلاف ، وان لم ينو التأكيد ولا الاستيناف ، فانه يلزمه كفارة واحدة اجماعاً أيضاً ، وان نوى الاستيناف لزمه بكل واحدة كفارة عندنا وعند قوم . وقال بعضهم : يلزمه واحدة .

وأما ان فرق فانه ينظر ، فان كفر عن الاول ثم تلفظ بالثاني ، وجب عليه بالثاني كفارة مجددة بلاخلاف، وان لم يكفر عن الاول فالحكم كما لو والى ذلك ونوى به الاستيناف عندنا وعند الاكثر بكل لفظ كفارة ، وقال بعضهم : كفارة واحدة[1].

وقال في الخلاف[2]: يلزم بكل مرة كفارة اذا نوى الاستيناف بها ، ولم يفرق بين المتتابع والمتفرق ، محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط وعموم الاية.

وقال المتأخر : واذا كرر كلمة الظهار ، لزمه بكل دفعة كفارة ، فان وطيء التي كرر القول لها قبل أن يكفر ، لزمته كفارة واحدة عن الوطيء وكفارات التكرار ولعله الاقرب .

---

(١) المبسوط ١٥٢/٥ .

(٢) الخلاف ٢٦٢/٢ .

لنا ـ عموم الاية ، ولاريب في صدق اسم الظهار على كل مرة مرة وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر قال : عليه بكل مرة كفارة[١]. وفي معناها رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام[٢] وقد روى عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في كل مجلس واحداً ، قال : عليه كفارة واحدة[٣] .

فالشيخ رحمه الله لما نظر الى اختلاف الروايتين جمع بينهما بالتفصيل الذي نقلناه عنه ، وهو حسن ، لكن هذه الرواية ضعيفة السند ، فلااعتماد عليها .

قال رحمه الله : وكذا كفارة الحنث في العهد ، وفي النذر على تردد .

أقول اختلف الاصحاب في كفارة خلف النذر والعهد ، فذهب الثلاثة وسلار الى أنها مثل كفارة رمضان ، عملا برواية أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام قال : من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر فيه طاعة فحنث ، فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو اطعام ستين مسكينا[٤]. وفي معناها رواية جميل بن دراج عن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام[٥].

وذهب ابن بابوية الى أنها كفارة يمين ، عملا برواية حفص بن غياث قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن كفارة النذر ، فقال : كفارة يمين[٦]، وهي ضعيفة ، فان حفص بن غياث بتري . وفي طريقها سليمان بن داود المنقري ، وقد طعن فيه ابن الغضائري وضعفه جداً .

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/٢٢ ، ح٤٥ .
(٢) تهذيب الاحكام ٨/٢٢ ، ح ٤٦ .
(٣) تهذيب الاحكام ٨/٢٣ ، ح ٤٨ .
(٤) تهذيب الاحكام ٨/٣١٥ ، ح ٤٧ .
(٥) تهذيب الاحكام ٨/٣١٤ ، ح ٤٢ .
(٦) تهذيب الاحكام ٨/٣١٦ ، ح ٥٢ .

وقال المتأخر : ان كان النذر صوماً معيناً ، فكفارته كفارة رمضان ، وان كان غير الصوم فكفارة خلفه كفارة يمين . والمصنف رحمه الله اختار أن كفارة خلف النذر كفارة يمين ، عملا برواية جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : من عجز عن نذر نذره ، فكفارة يمين[١]. وكفارة خلف العهد كفارة رمضان ، عملا بما ذكرناه من الروايات .

قال رحمه الله : ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف : الوصف الاول ــ الايمان وهو معتبر في كفارة القتل اجماعاً ، وفي غيرها على التردد ، والاشبه اشتراطه .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف[٢] والمبسوط[٣] الى أن الايمان في الرقبة غير معتبر ، الا في كفارة القتل ، دون ماعداها من سائر الكفارات محتجاً بوجهين :

الاول : أصالة براءة الذمة تنفي وجوب ذلك مطلقا ، ترك العمل بها في كفارة القتل ، للنص والاجماع ، فيعمل بها فيما عداها .

الثاني : القرآن ورد بوجوب هذه الكفارات على من وجد منه سببها، ولم يشترط في الرقبة الايمان ، بل أطلق ذلك اطلاقاً ، وانما قيدها بالايمان في قتل الخطأ خاصة ، فحمل غيرها عليها يحتاج الى دليل ، ولادليل في الشرع يوجب ذلك .

وقال المتأخر: اختلف أصحابنا في ذلك ،فالاظهر الذي يقتضيه أصول المذهب أن في جميع الرقاب في الكفارات وغيرها لاتجزىء الا المؤمنة ، أو بحكم المومنة ولاتجزىء الكافرة ، محتجاً بقوله تعالى « ولاتيمموا الخبيث منه تنفقون »[٤]

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/٣٠٦، ١٤ .

(٢) الخلاف ٢/٤٢٠ .

(٣) المبسوط ٦/٢١٢ .

(٤) سورة البقرة : ٢٦٧ .

والاستدلال بها يتوقف على مقدمات .

الاولى : أن النهي المجرد يقتضي فساد المنهي عنه في العبادات ، وقد ثبت ذلك جميعاً في أصول الفقه .

الثانية : أن الكافر يسمى خبيثاً ، فيدخل تحت الاية ، وقد ادعي الاجماع على اجراء هذا الاسم عليه .

الثالثة : أن العتق يسمى انفاقاً والحق ذلك، اذ الانفاق عبارة عما أخرج لوجه الله تعالى ، عتقاً كان أو غيره . وهو اختيار الشيخ في التبيان[1].

واذا تقرر ذلك فنقول : نهى تعالى عن انفاق الخبيث ، وعتق الكافر انفاق خبيث ، فيكون منهياً عنه ، واذا كان منهياً عنه لم يكن مجزءاً ، لان النهي يدل على فساد المنهي عنه ، وبأن طريقة الاحتياط قاضية بذلك ، لان الذمة مشغولة بالكفارة بغير خلاف ، ولاتبرأ بيقين الا اذا كفر بالمؤمنة ، لوقوع الخلف في اجزاء ماسواها وللاتفاق على اجزائها ، وهو اختيار علم الهدى وغيره من المشيخة ، واختاره الشيخ رحمه الله في التبيان ، وبه قال الشافعي ومالك والاوزاعي وأحمد واسحاق .

قال رحمه الله : ولو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ »[2] وارتفاع القلم عنه يدل على أنه لاحكم لقوله ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[3].

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز »[4] ولان

---

(١) التبيان ٢/٣٤٤ .

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٠٩ .

(٣) المبسوط ٦/٢١٢ .

(٤) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

المراهق ـ أعني : الذي ناهز البلوغ ـ غيرعاقل ولقائل أن يمنع ذلك ، اذ العقل انما يتحقق مع البلوغ أما قبله فلا .

قال رحمه الله : ويعتبر نية التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفة ، على الاشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : اذا وجبت عليه كفارات من جنس واحد أو من أجناس، فأعتق عنها أوصام ، فان الواجب عليه أن ينوي التكفير، بحيث لايفتقر الى تعيين النية عن كفارة بعينها .

قال وقال قوم : ان كانت من جنس واحد ، كفاه نية التكفير ولم يحتج الى نية التعيين . وان كانت من أجناس ، فلابد فيها من نية التعيين ، فان لم يعين لم يجزءه وهذا عندي أقوى[1].

والحق ماقواه الشيخ أخيراً ، وهو اختياره في الخلاف ، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله : ولو كانت الكفارات من جنس واحد ، قال الشيخ : يجزي نية التكفير مع القربة ، ولا يفتقر الى التعيين ، وفيه اشكال .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله عليه السلام «الاعمال بالنيات»[2] وجه الاستدلال أنه عليه السلام علق حصول الاعمال بانضمام النيات اليها ، فمهما لم تحصل النية مع العمل لم يقع العمل مشروعاً .

اذا تقرر هذا فنقول : كل واحدة من هذه الكفارات يسمى عملا ، وان كانت من جنس واحد ، فمهما لم ينوه بانفراده لم يقع مشروعاً ، فلايكون مجزءاً ، فيجب حينئذ نية التعيين ، تحصيلا للاتيان بالمأمور شرعاً .

والالتفات الى أن نية التكفير مشتملة على نية كل فرد فرد من الكفارات، لكون

---

(١) المبسوط ٦/٢٠٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦.

التكفير مصدراً، والمصدر جنس مندرج على جميع ماتحته من الجزئيات،فتكون مجزية ، وهو الاقوى ، واختاره المتأخر ، وادعى الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ، والظاهر أنهأراد اجماع فقهاء العامة .

قال رحمه الله : ولو قال له قائل: **أعتق مملوكك عن كفارتك ولك علي كذا فاعتقه لم يجز عن الكفارة ، وفي وقوع العتق تردد .**

أقـول : منشؤه : النظر الى أن العتق ايقاع صدر مـن أهله في محله ، فكان صحيحاً . وانما لم يجز عن الكفارة لانه قصد بعتقه العوض.اما الصغرى ففرضية اذ التقديرأنه وقعمنالمالك البالغ العاقل فيحق مملوكه. وأماالكبرى فاجماعية.

وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، محتجاً بأن العتق أوقع عن أمرين ، فاذا لم يقع عن أحدهما وقع عن الاخر ،ويستحق حينئذ العوض على الباذل ويقع العتق عنه ، ويكون ولاؤه له دون مولاه .

والالتفات الى أن المالك انما قصداعتاقه على أن يكون مجزياً عن الكفارة ولم يحصل ، فبطل عتقه .

قال رحمه الله : **ومع تحقق العجز عـن العتق ـ الى قـوله : وهـل يأثم مع الافطار ؟ فيه تردد ، أشبهه عدم الاثم .**

أقول : منشؤه : النظر الى أن المتابعه بين الشهريـن واجبة اجماعاً فالمخل بها من غير عذر آثم،وان جاز له البناء على صومه ، الا اذاكان قد صام من الشهر الثاني شيئا ، اذ لا منافاة بين حصول الاثم بالاخلال بالتتابع وبين جواز البناء ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

والالتفات الى اطلاق الروايات الدالة على جواز التفريق مع صيام شيء من

---

(١) المبسوط ٦/ ٢١٤ .

الشهر الثاني ، وفي جواز التفريق دليل على عدم الاثم ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف .

قال رحمه الله : اذا كان له مال يصل اليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه بل يجب الصبر ، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار ، وفي الظهار تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الانتقال عن احدى خصال الكفارة المرتبة مشروط بالعجز عن الخصلة المتقدمة عليها ، وهو غير متحقق هنا ، فلا يجوز الانتقال بل يجب الصبر الى أن يصل الى موضع يساره ويعتق ، وهو الاقوى عند الشيخ في المبسوط[1] لانه حق لا يفوت بالتأخير .

والالتفات الى أن عليه في التاخير ضرراً ومشقة وحرجاً ، فيكون سفهاً ، عملا بظاهر الايات والمشهور من الروايات .

قال رحمه الله : وفي صحة الايلاء من المجبوب تردد ، أشبهه الجواز ، ويكون فئته كفئة العاجز .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم الاية[2]، وبه أفتى الشيخ في المبسوط[3].

والالتفات الى أن الايلاء عبارة عن قصد الاضرار بالزوجة بالامتناع من وطئها بصفة يمين ، ولاريب أن المجبوب الذي لم يبق له شيء بحال غير قادر على الوطىء ، بل هو ممتنع بغير يمين .

قال رحمه الله : وفي وقوعه بالمستمتع بها تردد ، أظهره المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى رواية العلاء بن رزين عن عبدالله بن أبي يعفور

---

(١) المبسوط ٦/٢١١ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٦ .

(٣) المبسوط ٥/١٤٢ .

عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: لاايلاء على الرجل من‌المرأة التي يتمتع بها[١]. وعليها فتوى الشيخ وعلم الهدى وابن أبي عقيل والمتأخر .

واحتج علم‌الهدى بقوله تعالى « فان فاؤوا فان‌الله غفور رحيم * وان‌عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » وجه الاستدلال أن يقال: المراد من النساء في‌الاية الدائمات ، لتعقيبها بالطلاق في من لم يفيء ، ولما كان الطلاق بالمستمتع بها منفياً ، لاجرم كان الايلاء كذلك .

وفيه نظر ، فانه من باب تخصيص العام باللفظ الخاص، وقد بين ضعفه في أصول الفقه .

والالتفات الى عموم آية الايلاء ، وبه قال أبو الصلاح ، وحكى ذلك عن المفيد في بعض مسائله ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله: واذا وافقته فهو مخير بين‌الطلاق والفئة ، فان طلق فقدخرج عن حقها ، وتقع الطلقة رجعية على الاشهر .

أقول : ذهب أكثر الاصحاب الى أن طلاق المولى يقع رجعياً ، وخالف شاذ منهم في ذلك وقال : انه يقع بائناً . لنا ـ الاصل .

قال رحمه الله : ولو تجددت أعذارها في أثناء المدة ، قال في المبسوط : تنقطع الاستدامة عدا الحيض ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الحيض أمر معتاد للمرأة ، فلايعد عذراً مانعاً من جهتها ، اذ العذر هنا عبارة عن الامر النادر المانع من الوطيء ، كالمرض والجنون وماشاكلهما في المنع من الوطيء .

ولان الحيض لو قطع الاستدامة لزم أن لايتم تربص واحد في غالب‌العرف فان العرف أن تحيض المرأة في‌كل شهر حيضة ، فيفضي الى منع التربص بكل

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/٨ ، ح٢٢ .

حال ، وهذا الدليل ذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، محتجاً به على هذا المطلوب .

والالتفات الى أنه عذر ، فتنقطع الاستدامة كغيره من الاعذار .

فرع :

قال في المبسوط : لوكانت أعذارها موجودة حين الايلاء ، لم يضرب لها المدة مادامت الاعذارموجودة، لان المدة انما تضرب اذا امتنع من جماعهابعقد يمين ، وهاهنا قد حصل المنع بغير يمين .

ثمقال رحمه الله : هذا في جميع الاعذار الا الحيض، فانه لو آلى منهاوهي حائض لم يمنع الحيض من ابتداء المدة[2].

وأقول : البحث هنا في الحيض ، كالبحث في كونه قاطعاً للاستدامة أم لا، والتردد التردد والبيان البيان .

قال رحمه الله : قال في المبسوط : المدة المضروبة بعد الترافع لامن حين الايلاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى اطلاق الروايات الدالة على مدة التربص أربعة أشهرمن غيرتقييد بالمرافعةأوغيرها، ويؤيده عموم الاية، وبه قال أكثرالاصحاب.

والالتفات الى أن التربص حكم شرعي ، والاحكام الشرعية اذا وردتمطلقة انصرفت الى أهل الشرع ، فتكون مدة التربص موقوفة على اذن الشارع ، وهو المراد بالمرافعة ، وبه قال الشيخ وأتبعه المتأخر .

قال رحمه الله : ولايلحق الخصي المجبوب على تردد .

---

(١) المبسوط ١٣٦/٥ .

(٢) المبسوط ١٣٥/٥ - ١٣٦ .

أقول : منشؤه : النظر الى أن العادة قاضية بأن مقطوع الذكر والانثيين معاً لايولد ، فلايلحق به الولد قضاءاً للعادة ، اذ الشرعيات مبنية على الظواهر ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط[١].

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[٢] فالحق الولد بمجرد الفراش ، وامرأة الخصي المجبوب يسمى فراشاً ، فيكون الولد الذي يلده امرأته لاحقاً به ، ولاينفى عنه الاباللعان ، ولعله الاقرب عملا بالاحتياط .

قال رحمه الله : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان لم يجب عليها الحد ، الا أن تقر أربع مرات ، وفي وجوبه معها تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين »[٣] فجعل الاثنان بذلك دارءاً للعذاب الذي هو عبارة عن الحد هنا عنها وقد حصل، فيسقط الحد عملا بالمقتضي السالم عن المعارض .

والالتفات الى أن موجب الحد هنا شيء متجدد غير الاول، وهو الاقرار أربعاً، فيجب الحد عملا بالمقتضي أيضاً ، وعليه فتوى الشيخ في النهاية[٤] والمبسوط[٥] والخلاف[٦]، وأتبعه المتأخر ، وهو قوي .

قال رحمه الله : اذ قذفها فأقرت قبل اللعان، قال الشيخ رحمه الله : لزمها الحد ان أقرت أربعاً وسقط عن الزوج . ولو أقرت مرة ، فان كان هناك نسب ، لم ينتف الا باللعان ، وكان على الزوج أن يلاعن لنفيه ،لان تصادق الزوجين على الزنا لاينفي

---

(١) المبسوط ٥ / ١٨٦ .

(٢) عوالي اللئالي ٢ / ١٣٢ و٢٧٥ .

(٣) سورة النور : ٨ .

(٤) النهاية ص٥٢١ .

(٥) المبسوط ٥ / ٢٠١ .

(٦) الخلاف ٢ / ٢٨٨ .

السبب ، اذ هو ثابت بالفراش ، وفي اللعان تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن اللعان انما يجب على نفي الفراش ، ثم يتبعه انتفاء النسب ، وليس كذلك هنا ، اذ اللعان هنا ينفرد بنفي النسب ، فلم يكن للزوج ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والالتفات الى أن النسب لم ينتف باعترافها بالزنا . أما أولا ، فلعدم التنافي بين ثبوت الزنا والنسب ، اذ هو ممكن الاجتماع . وأما ثانياً ، فلان النسب لاحق بالفراش ، فاحتاج في نفيه الى اللعان ، وهذا الدليل الاخير احتج به الشيخ في المبسوط [1].

واحتج في الخلاف [2] بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » [3] الاية، فشرع اللعان عند حصول الرمي المطلق الشامل للقذف بالزنا منفرداً عن انكار الولد ومنضماً اليه نطقاً أو معنى، ولم يفرق بين أن تعترف المرأة بالزنا أو تنكره ، وهو قوي ونمنع انحصار اللعان فيما ذكر أولا ، وانما هو مذهب أبي حنيفة فقط .

قال رحمه الله : أما العتق ، فعبارته الصريحة : التحرير ، وفي الاعتاق تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة بقاء الملك على مالكه ، فلا ينتقل عنه الا بأحد الاسباب المحررة قطعاً ، وليس الا لفظة التحرير ، لوقوع الاجماع على صحة العتق مع التلفظ بها ، وحصول الخلف في وقوعه مع التلفظ بغيرها .

وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف ، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم ، وبأن الاصل بقاء الرق ، وايجاب العتق بما قالوه يحتاج الى دليل ، وماذكرناه مجمع

---

(1) المبسوط ٢٠٢/٥ .

(2) الخلاف ٢٨٨/٢ - ٢٨٩ .

(3) سورة النور : ٦ .

على وقوع العتق به[1] وهو الظاهر من كلام المتأخر .

والالتفات الى أن أهل اللغة يستعملون لفظة العتق في التحرير استعمالا ظاهراً ، بحيث لايفهم منها عند الاطلاق الا التحرير ، وسبق المعنى الى الذهن دليل الحقيقة وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[2] وابن أبي عقيل ، ويؤيده اتفاق علمائنا رضوان الله عليهم على حصول العتق بقول القائل : اعتقتك وجعلت مهرك عتقك ، الى غير ذلك من المسائل المشهورة .

قال رحمه الله : ولو قال لامته : ياحرة وقصد العتق ، ففي تحريرها تردد ، والاشبه عدم التحرير لبعده عن شبه الانشاء .

أقول : منشؤه : النظر الى أن التحرير حكم شرعي ، فيقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلا على وقوعه ، وليس الاقوله : أنت حر أو حرة ، ولان لفظ النداء يبعد عن شبه الانشاء والعتق انما يقع بصيغة الانشاء فقط ، اذ هو ايقاع فيستحيل وقوعه بلفظ الاخبار أو غيرها وان قصد بها العتق ، لان النية لاتستقل بوقوع العتق ما لم يكن اللفظ الصريح كغيره من الايقاعات .

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « الاعمال بالنيات ولكل امرىء مانوى »[3] وهذا قد نوى العتق ، فيجب أن يكون حاصلا له ، عملا بظاهر الخبر .

قال رحمه الله : اذا أعتق ثلث عبيده وهم ستة ، استخرج الثلث بالقرعة ، وصورتها : أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة ، ثم يخرج على الحرية أو الرقية ، فان أخرج على الحرية كفت الواحدة ، وان أخرج على الرقية أفتقر الى اخراج اثنين .

---

(١) الخلاف ٢/٦٥٣ مسألة ١٤ .

(٢) المبسوط ٦/٥١ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

واذا تساووا عدداً وقيمة أو اختلفت القيمة مع امكان التعديل أثلاثاً فلا بحث وان اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد ، وفيه تردد . ولو تعذر التعديل عدداً وقيمة ، أخرجنا على الحرية حتى يستوفي الثلث قيمة، فلو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر .

أقول : اعلم أن هذه المسألة تفرض على ستة أقسام .

الاول : أن يكونوا على صفة يمكن تعديلهم أثلاثاً بالقيمة والعدد معاً ، بأن يكونوا ستة قيمة كل واحد ألف ، فيكون كل عبدين ثلث ، فيستخرج بالقرعة ، كما ذكر في المتن .

الثاني أن يمكن[1] تعديلهم بالقيمة والعدد معاً ، لكن اختلفت قيمتهم اختلافاً لا يمنع من ذلك ، كان يكونوا ستة قيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين أربعة آلاف وقيمة اثنين ستة آلاف ، فتكون التركة اثناعشر ألفاً ، فيضم من قيمته ألف الى من قيمته ثلاثة آلاف ، فيصير كل عبدين ثلثاً ويستخرج بالقرعة كما قلنا .

الثالث : أن يكونوا على صفة بحيث يمكن تعديلهم ، اما بالعدد دون القيمة أو بالقيمة دون العدد قبل أن يكونوا ستة ، قيمة عبد ألف وقيمة عبدين ألف وقيمة ثلاثة ألف ، فان اعتبرت القيمة لم يمكن التعديل بالعدد ، وان اعتبرت العدد وجعلت كل عبدين ثلثاً اختلفت القيمة ، وما الذي يصنع ؟

قال الشيخ رحمه الله : قال قوم : يعتبر القيمة ويترك العدد ، كما أن قيمة الدار اذ لم يمكن بالمساحة والاجزاء عدلت بالقيمة .

وقال آخرون : يعتبر العدد ويترك القيمة ، فيضم الى من قيمته ألف واحداً من الثلاثة الذين قيمتهم ألف ، فيكون عبدان بأكثر من ألف وعبدان بأقل من ألف ، لان النبي ﷺ جعل كل عبدين جزءاً .

(١) في « س » : يكون .

وعنى بذلك مارواه عمران بن الحصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فقال قولا سديداً ودعاهم فجزاهم ثلاثة أجزاء فاقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة .

ثم قال رحمه الله: والاول أصح عندنا . وانما اعتبر النبي عليه السلام العدد ليساوي القيمة، فحينئذ جعل واحداً ثلثاً واثنين ثلثاً وثلاثة ثلثاً، وتقرع بينهم على مامضى[1].

وأما المصنف رحمه الله ، فقد تردد في القولين ، ومنشأ تردده : النظر الى ظاهر الخبر ، فانه دال على اعتبار العدد مطلقا . والالتفات الى أن في ذلك ضرراً على الورثة ، فتعتبر القيمة كما في قسمة الدار الغير متساوية الاجزاء .

الرابع أن يمكن التعديل بالقيمة دون العدد، مثل أن كانوا[2] خمسة قيمة عبد ألف وقيمة آخرين ألف وقيمة الاخرين ألف ، فالتعديل هنا بالقيمة ، ومن خالف في الاولى وافق هنا ، اذ التعديل بالعدد غير ممكن هنا، فلا بد من اعتبار القيمة.

الخامس: أن يعتذر التعديل عدداً وقيمة ، مثل أن يكونوا خمسة، قيمة واحد أربعة آلاف ، وقيمة اثنين ألفان ، وقيمة اثنين ألف ، فما الذي نصنع ؟ فيه قولان أحدهما ـ لايراعى قيمة ولاعدداً ، لكن يكتب اسم كل واحد في رقعة ويخرج على الرقبة أو الحرية حتى يستوفي الثلث،لانه اذالم يمكن واحد منهما استوفيناالثلث على مايمكن .

والقول الثاني: أن يجعل اثنان سهماً واثنان سهماً والخامس بينهما ويقرع ، فمن خرج اسمه من الاقسام الثلاثة كان حراً، لانه أقرب الى مافعله النبي صلى الله عليه وآله من التعديل بالعدد . قال الشيخ رحمه الله : والقولان معاً قريبان .

السادس : أن يكون كل ماله عبدين ، فانا نقرع بينهما ، فان خرجت قرعة

---

(١) المبسوط ٥٩/٦ .

(٢) في «س» : يكونوا .

الحرية على أحدهما ، فانكانت قيمته وفق الثلث بجزء من الاخر وانكانت أكثر عتق بقدر الثلث ، واسترق باقيه والاخر .

واعلم أنهذه الفروض الاخيرة خارجة عنقانونالمسألة التيذكرها المصنف في المتن ، لكن لما الم بذكر بعضها ، وذكرها الشيخ في المبسوط[1]أحببنا ايضاحها ، وفي هذه الاقسام تداخل .

قالرحمه الله: اذا أعتق مملوكه عنغيره باذنه، وقع العتق عنالامر، وينتقل الى الامر عند الامر بالعتق ، ليتحقق العتق في الملك ، وفي الانتقال تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى انعقاد الاجماع على اجزاء العتق عن الامر ان لوكان عليه عتق واجب، ووقوعه عنه أن لوكان تطوعاً وفيانعقاد الاجماع علىذلك دليل على انتقاله الى الامرقبل العتق، لقوله ﷺ« لاعتق الا في ملك »[2]ولحصول الاتفاق على أن سبق الملك على العتق شرط في صحة وقوع العتق .

واعلم أن الحكم بالانتقال هنا مستفاد من اجماعين ، وهو من جملة ضروب الاستدلال بالخطاب .

والالتفات الى أن انتقال ملك الغير الى غيره يفتقر الى صريح الفظ الدال عليه ، وهو غير موجود هنا ، ولان أسباب الانتقال محصورة معدودة ، وليس هنا شيء منها .

فرعان :

الاول:اعلم أن القائلين بالانتقال اختلفوافي وقته، فذهب طائفة الى أنه يملكه بشروعه في لفظ الاعتاق، وذهب آخرون الىأنه ينتقل عند الامربالعتق مع حصول الاعتاق عند الامر بالعتق بلافصل . وقال قوم : يملكه عند قول المعتق « اعتقت

---

(١) المبسوط ٥٨/٦ — ٦٠ .

(٢) عوالى اللئالي ٢٩٩/٢ و ٤٢١/٣.

هذا العبد عنك » وينعتق عليه بعد ذلك بلا فصل ، وهو الذي قواه الشيخ رحمه الله في المبسوط[١]، وليس بعيداً من الصواب .

الثاني : اعلم أن المتأخر قد نازع في وقوع العتق عن الاذن ، وقال : الذي يقتضيه مذهبنا أن العتق لايقع الا عن المالك للعبد دون الاذن الذي ليس بمالك لانه لاخلاف في قوله عليه السلام « لاعتق قبل ملك »[٢] و«لاطلاق قبل نكاح»[٣]والاذن لم يملك العبد،وانما هوعلى ملك المباشر للعتق الى حين اعتاقه،وانما هذا الذي ذكره شيخنا رحمه الله فهو قول المخالفين، دون أن يكون في أخبارنا، أو أجمع أصحابنا عليه .

قال رحمه الله : اذا أعتق ثلاث اماء في مرض الموت ولامال له سواهن ، أخرجت واحدة بالقرعة ، فان كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق ، فهو حر اجماعاً وان كان سابقاً على الاعتفاق قيل : هو حر أيضاً ، وفيه تردد .

أقول: منشؤه: النظر الى أصالتي بقاء الرق والملك، فيتمسك بهما الى حين ظهور المزيل قطعاً ، ولان الاعتاق يفتقر الى صريح اللفظ ، وهو غيرموجود هنا ولان اللفظ انما يتناول الام فقط ، وليس الحمل جزءاً منها ، وهو اختيار المتأخر.

والالتفات الى أن الحمل تابع لامه في البيع ، فكذا في العتق ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٤]، والمقدمة الاولى ممنوعة .

قال رحمه الله : ويعتق حصة الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق ، وقال الشيخ: هو مراعى .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : قيل في هذه المسألة ثلاثة أقوال

(١) المبسوط ٦ / ٧١ .

(٢) عوالي اللئالي ٢ /٢٩٩ ، ٣ /٤٢١ .

(٣) عواللئالي ١ /٢٣٣ ، ٣ /٢٠٥ .

(٤) المبسوط ٦ /٦٥ .

أحدهما : أنه يعتق كله باللفظ وتثبت القيمة في ذمة الشريك ، وعليه تسليمها الى شريكه .

والثاني : أنه ينعتق نصيبه باللفظ ودفع القيمة فان دفع القيمةالى شريكه عتق نصيب شريكه ، وان لم يدفع لم يعتق .

والثالث : أن يكون مراعى، فان دفع القيمة الى شريكه عتق نصيبه، وانلم يدفع لم يعتق ، فانأدى تبينا أنه عتق وقت العتق، وانلم يؤد شيئا تبينا أن العتق في نصيب شريكه لم يقع ، قال : وهذا هو الاقوى عندي[١].

وقال في الخلاف: انه يعتق بالاداء، محتجاً بمارواه سالم عن أبيه عن النبي عليه السلام أنه قال : اذا كان العبد بين اثنين ، فأعتق أحدهما نصيبه . فانكان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لاوكس ولاشطط ، ثم يعتق[٢]. فجعل العتق مترتباً على الاداء الان ثم يقتضي المهلة والتراخي .

قال رحمه الله : والوجه في الخبرين أن قوله « انه عتيق وعتق كله » معناه سيعتق ، لان العرب يعبر عن الشيء بما يؤول اليه ، قال الله تعالى « اني أراني أعصر خمراً[٣] .

وعنى بذلك مارواه نافع عن ابن عمر أن النبي عليه السلام قال: من أعتق شركاً من عبد وكان له مال يبلغ ثمنه فهو عتيق »[٤].

ومارواه ابن عمر أيضاً أن النبي عليه السلام قال : اذا كان العبد بين رجلين ، فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال، فانه ينعتق النصيبالاخر في الحال[٥].واختار المتأخر

---

(١) المبسوط ٦/٥١ - ٥٣ .

(٢) الخلاف ٢/٦٤٩ .

(٣) سورة يوسف : ٣٦ .

(٤) سنن ابن ماجة ٢/٨٤٤، برقم : ٢٥٢٨ .

(٥) سنن ابن ماجة ٢/٨٤٥ .

أنه ينعتق بنفس اللفظ ، عملا بظاهر الخبرين السابقين .

فـرع :

لوتصرف الشريك في نصيبه قبل أخذ القيمة ، بأن أعتقه أو باعه ، قيل : يصح لمصادقته الملك ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط[١]، وأفتى به في موضع من الخلاف[٢]، وقيل : يبطل لانه قداستحق فيحق شريكه العتق، وبه أفتى الشيخ في موضع آخر من الخلاف مستدلا بما ذكرناه ، ويلزم المتأخر القول بالبطلان لانعتاقه بنفس اللفظ عنده .

قال رحمه الله : واذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه ، هل ينعتق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد، والاشبه أنه بعد الدفع، ليقع العتق عن ملك، ولوقيل بالاقتران كان حسناً .

أقول : منشؤه : النظر الى الحكم بثبوت الولاء له ، وفي الحكم بثبوته له دليل على انعتاق النصيب منذ الدفع ، لان الولاء الثابت له هنا عن عتق ، والعتق لايقع الافي ملك ، فيحتاج الى تملك سابقعلى العتق ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٣].

والالتفات الى أن القول بانعتاقه بعد الدفع ليس أولى من القول بانعتاقه عنده لتساوي الاحتمالين ، فيحكم بوقوع الملك والعتق معاً في شأن واحد ، لان القول باشتراط الملك فيصحة العتق مع القول بالاقتران ممكن الاجتماع ، فيحكم بهما.

واعلم أن هذا الفرع انما يتمشى على قول من يقول ان حصة الشريك ينعتق بشرطين : اللفظ ودفع القيمة ، أو على من يقول : انه مراعى ، أما على قول من

---

(١) المبسوط ٦ /٥٢ .

(٢) الخلاف ٦٤٨/٦ ــ ٦٤٩ .

(٣) المبسوط ٦ /٥٢ .

يقول انه ينعتق بنفس اللفظ فلا .

قال رحمه الله : واذا ملك شقصاً ممن ينعتق عليه لم يقوم عليه ان كان معسراً وكذا لو ملكه بغير اختياره . ولو ملكه اختياراً وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوم عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب التقويم ، ترك العمل بها في صورة عتق نصيبه من العبد المشترك ، للنص والاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الى أن تملكه بعضه مع العلم بأنه ينعتق عليه بمنزلة مباشرة عتقه وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

قال رحمه الله : وفي عتق من مثل به مولاه تردد ، والمروي أنه ينعتق .

أقول: منشؤه النظر الى أصالتي بقاء الرق والملك ، فلايحكم بانتقالهما الا مع ظهور الناقل قطعاً ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى ظواهر الاخبار الدالة على انعتاقه مع حصول ذلك من مولاه وبه أفتى الشيخ في النهاية[2].

---

(١) المبسوط ٦/٦٩ .

(٢) النهاية ص٥٤٠ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب التدبير)

قـال رحمه الله تعالى : التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى ، وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره ، كزوج المملوكة ووفاة من يجعل لـه خدمته تردد ، أظهره الجواز ، ومستنده النقل .

أقول : منشؤه : النظر الى الأصل القاضي بالجواز ، ويؤيده رواية يعقوب ابن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم ، فيقول : هي لفلان تخدمه ماعاش ، فاذا مات فهي حـرة ، فتأبق الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أوست سنين ، ثم تجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها بقدرماأبقت ؟ فقال: لا اذا مات الرجل فقد عتقت[1]. وعليها فتوى الشيخ في النهاية[2].

والالتفات الى أن هذا النوع حكم شرعي ، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ولا دليل عليه الا هذه الرواية ، وهي من أخبار الاحاد ، فلا يعمل بها .

أما أولا ، فلان العمل بخبر الواحد غير جائز ، لمابيناه في أصول الفقه .

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/ ٢٦٤ ، ح٢٨ .

(٢) النهايه ص٥٥٤ .

وأمـا ثانياً ، فلانها مخالفة لاصول المذهب ، ولان التدبير في عرف الشرع عتق العبد بعد وفاة المولى ، والمجعول له غير المولى .

وأما ثالثاً ، فلان الاباق يبطل التدبير اتفاقاً منا ، والرواية تتضمن أنه غير مبطل له ، وهو اختيار المتأخر محتجاً بعين ماذكرناه .

وهو ضعيف ، أما الاول فلوجود الدليل الشرعي، وهو التمسك بالاصل والرواية التي ذكرناها . قوله « الرواية من أخبار الاحاد » قلنا : مسلم .

قوله « فلا يجوز العمل بها لما ذكرناه في أصول الفقه » قلنا : قد استدللنا على وجوب العمل بأخبار الاحاد هناك ، وأبطلنا حجة المخالف في ذلك لما فيه مقنع .

قوله « ولانها مخالفة لاصول المذهب » قلنا : ممنوع .

قوله « لان التدبير في عرف الشرع عبارة عن عتق العبد بعد موت مولاه » قلنا : ذلك باطل ، أما أولا فلعدم دليل التخصيص ، وأما ثانياً فللروايه .

قوله « وأما ثالثاً فلان الاباق يبطل التدبير » قلنا : التدبير المعلق بموت المولى أوغيره ، الاول مسلم والثاني ممنوع .

قال رحمه الله : وفي اشتراط نية القربة في التدبير تردد ، والوجه أنه غير شرط .

أقول : منشوه : النظر الى أن التدبير نوع من العتق ، فاشترط فيه نية القربة كالعتق ، وهو اختيار المتأخر ، قال بعد هذا : تدبير الكافر غير جائز .

والالتفات الى أن التدبير بمنزلة الوصية ، فلا يشترط فيه القربة كالوصية ، ولعله الاشبه ، ويدل عليه الروايات بالتدبير .

قال رحمه الله : ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره . ولو مات في حال ردته عتق المدبر ، هذا اذا كان ارتداده لاعن فطرة ، ولو كان عن فطرة لم ينعتق المدبر بوفاة المولي ، لخروج ملكه عنه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السبب المقضي وهو موت المولى قد وجد ، فيوجد معلوله ، وهو العتق عملا بالعلية ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط[١]، بناءاً على القول بأن ملكه باق عليه ، وأنه لايزول عنه بمجرد ارتداده .

والالتفات الى أن التدبير وصية فلا ينفذ فيه شيء وحيث لم يحصل شيء لم ينفذ العتق . أما المقدمة الاولى فاجماعية ، وأما المقدمة الثانية ، فلزوال ملكه عن جميع أمواله حالة ارتداده ، وانتقالها الى وارثه في تلك الحالة ، وهو أقرب ، فيلزم على هذا القول انعتاق ثلثه .

قال رحمه الله : ولو ارتد لاعن فطرة ثم دبر ، صح على تردد .

أقول : منشأ التردد : الشك في اشتراط القربة في التدبير ، فان قلنا باشتراطه لم يصح لتعذرها في جنبه ، وان لم نقل به وهو الاقوى صح التدبير ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[٢]، وحكم في المبسوط[٣] بالبطلان، لانه نوع تصرف، والمرتد ممنوع من التصرف اذ هو محجور عليه .

قال رحمه الله : ولو كان على الميت دين يستوعب التركة ، بطل التدبير وبيع المدبرون فيه ، والابيع منهم بقدر الدين وتحرر ثلث من بقي ، سواء كان التدبير سابقاً على الدين أو لاحقاً على الاصح .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في النهاية : واذا دبر عبده وعليه دين فراراً به من الدين ثم مات ، كان التدبير باطلا ، وبيع العبد في الدين وان كان التدبير سابقاً واقعاً في حال صحة المولى، لم يكن لصاحب الدين على المدبر سبيل، عملا برواية وهب بن حفص عن أبي عبدالله عليه السلام[٤]. ومثله رواية الحسن بن يقطين عن

---

(١) المبسوط ٦ / ١٧٣ .

(٢) الخلاف ٢ / ٦٦٩ .

(٣) المبسوط ٦ / ١٧٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٦١ ، ح ١٢ .

أبي الحسن عليه السلام[١].

وقال المتأخر : هذا غير واضح ، لانه لاخلاف بيننا أن التدبير بمنزلة الوصية فيخرج من الثلث ، ولايصح الابعد قضاء الديون، فعلى هذا التحرير والتقرير يباع العبد في الدين ويبطل التدبير على كل حال ، سواء دبره في حال السلامة أوفراراً من الدين وانما هذا خبر واحد ذكره وأورده شيخنا ايراداً لااعتقاداً . والحق ما قاله المتأخر ، وعليه الفتوى .

قال رحمه الله : ولو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما ، لم يقوم عليه حصة الاخر، ولوقيل : يقوم كان وجهاً . ولو دبرأحدهما ثم أعتق ، وجب عليه فك حصة الاخر . ولو أعتق صاحب الحصة القن ، لم يجب عليه فك الحصة المدبرة ، على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في بعض الصور فيبقى معمولا بها فيما عداها ، ولان التقويم على خلاف مقتضى الدليل ، فلايصار اليه الا بدليل ناقل ، ولان التقويم حكم شرعي، فيقف على الدليل الشرعي، وحيث لادلالة فلا حكم، وهوخيرة الشيخ في الخلاف[٢]، وقواه في المبسوط[٣]. ويؤيده أن الحصة المدبرة معرضة للحرية ، فلاحاجة الى تقويمها اذ لاثمرة مهمة فيه .

والالتفات الى عموم الاخبار الدالة على وجوب التقويم على من أعتق شركاً له من عبد ، وقدتقدم بعضها ، وهو الاقوى عندي ، وهو القول الاخر للشافعي .

قال رحمه الله : ولو دبره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير ، وفيه اشكال .

أقول : منشؤه: النظر الى أن الاصل عدم النقض، فلا يصار اليه الاعند وجود

---

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٢٦١ ، ح١٣.

(٢) الخلاف ٢ / ٦٧٠ .

(٣) المبسوط ٦ / ١٧٩.

اللفظ الدال عليه صريحاً ، وهو غير موجود هنا ، ولانه لافرق بين هذه المسألة والتي قبلها الا تقدم الكتابة على التدبير في المسألة الاولى، وتأخرها عنه في المسألة الثانية .

وليس ذلك صريحاً في الرجوع في التدبير ، لانه كما يمكن الجمع بين الكتابة والتدبير مع تقدمها، بأن يعتق بالكتابة مع أداء المال قبل موت المولى أو بالتدبير مع تأخر الاداء حتى يموت المولى، فيكون عتقه متوقفاً على أسبق الشيئين أداء المال أو موت المولى، كذلك يمكن الجمع بين التدبير والكتابة مع تأخرها عنه بما ذكرناه حرفاً حرفاً ، فالحكم بأن احدى المسألتين مبطلة للتدبير والاخرى غير مبطلة له مع تساويهما في المنافاة له وامكان الاجتماع معه على الوجه الذي لخصناه تحكم محض .

واعلم أن الشيخ حكم في الخلاف بأن ذلك ابطال للتدبير ، ثم قال : دليلنا انا قد دللنا على أنه وصية ، واذا ثبت ذلك يثبت ماقلناه ، لان أحداً لايخالف فيه مع ثبوته[1].

وقال في المبسوط : اذا دبر عبده أولا ثم كاتبه، فمن قال: التدبير وصية، قال: يكون رجوعاً لانه وصية ، فهو كما لو أوصي بعبده ثم كاتبه . ومن قال : عتق بصفة قال : هو عتق بصفة ، قال : يصير مكاتباً مدبراً ، والحكم فيه كما لو كاتبه أولا ثم دبره ، وقد مضى حرفاً بحرف[1].

---

(١) الخلاف ٢/ ٦٦٩ - ٦٧٠ .

(١) المبسوط ٦/ ١٧٥ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى فصل المكاتبة)

قال رحمه الله . ويعتبر في الموجب البلوغ وكمال العقل والاختيار وجواز التصرف ، وهل يعتبر الاسلام ؟ فيه تردد ، والوجه عدم الاشتراط .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم قوله تعالى «فكاتبوهم »[1] ويؤيده أن الكتابة عقد معاوضة ، فيصح ايقاعها من المسلم وغيره ،كغيرها من عقود المعاوضات ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط[2].

والتفات الى أن الكتابة نوع ازالة رق ، فيشترط في موجبها الاسلام كالعتق، ونمنع اشتراط الاسلام في العتق ، سلمنا لكن الذي ذكرتموه قياس ، وهو عندنا باطل ، سلمنا لكن الوصف الجامع بين المقيس عليه والمقيس وصف سلبي ، والاوصاف السلبية لايوجب التماثل ، لما مر في هذا الكتاب .

قال رحمه الله : وفي كتابة الكافر تردد، أظهره المنع، لقوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً » .

---

(١) سورة النور : ٣٣ .

(٢) المبسوط ٦/١٣٠ .

أقول : منشؤه : اختلاف التفسير في قوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً[١] » قال الشيخ في المبسوط[٢] والخلاف[٣] : المراد بالخير هنا الامانة والكسب وبه قال الشافعي. وقال ابن عباس وصاحباه مجاهد وعطا : هو الفقه والامانة فقط . وقال الحسن البصري والثوري : هو الاكتساب فحسب . فعلى هذه الاقوال جميعاً تصح مكاتبة الكافر ، اللهم الا أن يقال : ان الكافر ليس محلا للامانة .

وقيل : هو الدين والايمان . واختاره الراوندي والمتأخر ، فعلى هذا لاتصح مكاتبة الكافر ، ولعله الاقرب ، اذ لايقال للكافر عرفاً وان كان مكتسباً أن فيه خير .

واعلم أن الشيخ رحمه الله في المبسوط قوى القول بالبطلان للاية السابقة ، ولقوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم[٤]» أمر الله تعالى باتيانهم من الصدقة الذي هو عبارة عن مال الله ، وليس الكافر من أهلها .

قال رحمه الله : وفي اعتبار اتصال الاجل بالعقد تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز ، ولان الكتابة نوع معاوضة ، فلا يشترط فيها الاتصال كغيرها ، وهو قوي .

والالتفات الى أنه عقد معاوضة، فيشترط فيها اتصال الاجل بالعقد كالاجارة وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، ونمنع اشتراط الاتصال ، سلمنا لكنه قياس وهو باطل عندنا .

قال رحمه الله : ولو قال : علي خدمة شهر بعد هذا الشهر ، قيل : بطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد .

(١) سورة النور : ٣٣ .
(٢) المبسوط ٦ / ١٣٠ .
(٣) الخلاف ٢ /٦٥٥ - ٦٥٦ .
(٤) سورة النور : ٣٣ .

أقول : هذا الفرع مبني على هذه المسألة السابقة، فكل من اعتبر الاتصال قال بالبطلان، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط[١]، ومن لم يعتبر ذلك قال بالصحة .

قال رحمه الله : اذا مات المكاتب وكان مشروطاً بطلت الكتابة، وكان ماتركه لمولاه وأولاده رقاً . وان لم يكن مشروطاً ، تحرر منه بقدر ماأداه وكان الباقي رقاً ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ، ولورثته بقدر ما فيه من حرية ، ويؤدي الوارث من نصيب الحرية مابقي من مال الكتابة .

وان لم يكن له مال سعى الاولاد فيما بقي على أبيهم، ومع الاداء ينعتق الاولاد وهل للمولى اجبارهم على الاداء؟ فيه تردد، وفيه رواية أخرى تقتضي أداء ماتخلف من أصل التركة ، وتحرر الاولاد ومايبقى فلهم ، والاول أشهر .

أقول: منشؤه النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب السعي، فلا يصار اليه الا لدليل أقوى، ولان ثبوت الاجبار على خلاف مقتضى الاصل، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، وهو قوي، ويؤيده مارواه ابن عطية عن أبي عبدالله عليه السلام، وهو خيرة الشيخ في التهذيب[٢].

والالتفات الى أن حكم ولد المكاتب حكم أبيه في أنه يسترق منه مولى أبيه بقدر مابقي على أبيه ، ويتحرر منه بقدر ماتحرر من أبيه ،

اذا تقرر هذا فنقول: هؤلاء الاولاد بعضهم حر لاسبيل للمولى عليه، وبعضهم مملوك له فيثبت له الولاية عليه، فيشرع له الاجبار على السعي، دفعاً للضرر الناشي من تشقيصهم المقتضي لنقصان الولايه الثابته له عليهم والمانع من الانتفاع الكلي بهم، وعليه دلت ظاهر الرواية المروية عن الصادق عليه السلام، وهوظاهر كلام المتأخر

قال رحمه الله : اذا كان للمكاتب على مولاه مال ـ الى قوله: واذا تراضيا

---

(١) المبسوط ٧٥/٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٧٣/٨ ، ح ٢٩ .

كفى ذلك، ولولم يقبض الذي له ثم يعيده عوضاً،سواءكان المال أثماناً أوأعواضاً وفيه قول آخر بالتفصيل .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : لايخلو مال الحقين من ثلاثة أحوال ، وعنى بذلك المال الذي للمكاتب على سيده والمال الذي للسيد على مكاتبه من ثلاثة أحوال: اما أن يكونا نقدين أو عرضين أو نقداً وعرضاً ، فان كانا نقدين ، فلا يحتاج الى قبض الحقين معاً ، بل يقبض أحدهما ماله من صاحبه ، ثم يرده عليه عوضاً عماله في ذمته ، لان دفع العوض عن الدراهم والدنانير التي في الذمة يجوز .

وان كانا عوضين ، فلا بد أن يقبض أحدهما ثم يرد ماقبضه على الاخر عوضا عماله،لان هذا العوض الذي في الذمة ثابت في أحد الحقين عن سلم،فان المكاتب لايجوز له أن يعوض ما في يده من المال وأخذ المال عن العوض الثابت في الذمة عن كتابه ، أو سلم غير جائز.

ثم قال رحمه الله : فاما اذا كان أحدهما نقداً والاخر عوضاً ، فانه ان قبض صاحب النقد حقه ، لم يجز أن يدفعه عوضاً عن العوض الذي في ذمته ، بل عليه تسليمه واقباضه . وان قبض صاحب العوض حقه ، جاز أن يدفعه بدلا عن النقد وعوضاً عنه ، لماذكرناه من التعليل[1].

وأقول : معنى هذه الجمله أن المكاتب لايجوز له أن يبيع بالثمن المؤجل لما فيه من التغرير بالمال ، ويجور أن يبتاع بالمؤجل لانتفاء التغرير حينئذ .

اذا تقرر هذا فنقول : هذا العوض الثابت في ذمة مولاه لا يجوز أن يكون ثمن مبيع باعه اياه ، اذ هو بيع بمؤجل ، فتعين أن يكون مبيعاً حالا لم يقبضه المكاتب من سيده، وبيع مالم يقبض غير جائز عند هذا الشيخ رحمه الله، ولهذا

(١) المبسوط ٦/١٢٤ ـ ١٢٥ .

أوجب أن يقبض كل واحد منهما ماله قبل صاحبه .

قال رحمه الله : اذا جنى عبد المكاتب ، لم يكن له أن يفكه بالارش، الا أن يكون فيه الغبطة له ، ولو كان المملوك أباً للمكاتب، لم يكن له افتكاكه بالارش ولو قصر عن قيمة الاب ، لانه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه ، ويستبقي مالا ينتفع به ، لانه لايتصرف في أبيه ، وفي هذا تردد .

أقول :منشؤه :النظر الى أن صحة تصرفات المكاتب مشروطة بوجود الغبطة في كل نوع منها، ولاغبطة في هذا النوع من التصرف، فيكون باطلا. أما المقدمة الاولى فاجماعية .

وأما المقدمة الثانية، فلانه ممنوع من التصرف في أبيه لوجاء أن يؤدي مال الكتابه ، فينعتق أبوه مع عتقه ، فلو سوغنا له الفك تعجلنا باتلاف مال موجود صالح للتكسب بالتصرف فيه،واستبقينا مالاينتفع به عاجلا،وفي ذلك ضرر عظيم للمولى والمكاتب أيضاً ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

والالتفات الى أنه ربما حصل في ذلك غبطة للسيد بتقدير أن يعجز المكاتب عن أداء ما عليه، فيسترق ويسترق أبوه معه ، فيكون له الانتكاك ، ترجيحاً لهذه المصلحة الظاهرة،ولانا انما نمنعه من بعض التصرفات لتضرر المولى بها، ولاضرر على المولى هنا ، ولانه ان عجز عن الاداء استرقهما ، وان أدى حصل المقصود وهذا أقرب من القول الاول .

---

(١) المبسوط ١٣٦/٦ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الاقرار)

قال رحمه الله : ولو قال : له درهم بل درهم ، لزمه واحد .

أقول : هذا القول ذكره الشيخ في المبسوط[1]، واحتج عليه بأن الظاهر من حال المتكلم بذلك أنه أمسك ليستدرك،ثم تذكر أنه ليس عليه الا ذلك فيثبت عليه.

أقول : والاقوى لزوم درهمين ، لاستدعاء الاضراب المغايرة، وهو بنص من أهل العلم أقوالهم .

قال رحمه الله : ولو قال : له عندي مال عظيم قبل تفسيره ولو بالقليل . وكذا لو قال : عظيم جداً كان كقوله عظيم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن لفظة « جداً » موضوعة في اللغة للمبالغة في الكثرة ، فلا يقبل تفسيره لها الا بأقل ما يمكن حملها عليه لغة ، وللفقهاء في حد ذلك خلاف ، فبعضهم قال : أقل ذلك ثلاثة دراهم وبعضهم ستمائة درهم وبعضهم اثنان وسبعون درهماً .

والالتفات الى أن الاصل براءة الذمة ، ولا دليل على قدر معين مقطوع به بحيث

---

(١) المبسوط ٤/٢٧ .

يرجع اليه ، فلم يبق الاتفسيره ، والالزم التحكم المنهي عنه شرعاً ، وهو اختيار الشيخ في كتابه والمتأخر .

قال رحمه الله : ولوقال : غصبتك شيئا وقال : أردت نفسك لم يقبل .

أقول : انما لم يقبل تفسير المقرلكلامه في هذه الصورة لما فيه من المنافاة لاقراره ، لان ذلك ليس بغصب في الحقيقة ، اذ الحر لايثبت عليه يد الغاصب ، فقد فسر الغصب بما ليس بغصب ، فلاجل ذلك لم يقبل منه .

قال رحمه الله : ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى كان اقـراراً . ولوقال : نعم لم يكن اقراراً ، وفيه تردد من حيث يستعمل الامران استعمالا ظاهراً .

أقول : منشؤه : وضع أهل اللغة « نعم » مخففة للكلام السابق نفياً أو اثباتاً ، فعلى هذا لا يكون الجواب بها هنا اقراراً بل انكاراً ، لانها يفيد تحقيق النفي ، وتحقيق النفي انكار بالضرورة ، اذ معناه : نعم ليس لك علي شيء .

ولهذا قيل في قوله تعالى « ألست بربكم قالوا بلى » انهم لوقالوا نعم لكفروا ، اذ معناه حينئذ نعم لست بربنا ، وهذا اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

والالتفات الى أن أهل العرف يستعملونها للايجاب فـي الحالين ، فيكون الجواب بها اقراراً ، اذ تقدير الكلام نعم لك عندي كذا ، فالشيخ رحمه الله نظر الى الحقيقة اللغوية بأنها بعد « أليس » لايقبل الاقرار بل تحقيق النفي ، والمصنف رحمه الله رجح الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية ، فحكم بافادتها الاقرار .

والحق ما قاله المصنف رحمه الله ، لان اللفظ اذا دار بين الحقيقة اللغوية والعرفية ، فالترجيح للعرفية ، اللهم الاأن يكون هناك قرينة حالية أومقالية ، فيجب العمل بمقتضاها .

قال رحمه الله : الاستثناء من الجنس جائز ، ومن غير الجنس على تردد .

---

(١) المبسوط ٢٣/٤ .

أقول : منشؤه : النظر الى أن قبول الاستثناء في الاقرار على خلاف الاصل بمقتضى الدليل ، لما فيه من الانكار بعدالاقرار ، ترك العمل به في سماع الاستثناء من الجنس لدليل أقوى ، فيبقى معمولا به فيما عداه .

ولان الاستثناء من غير الجنس لوصح ، لصح اما من اللفظ أو من المعنى ، والقسمان باطلان ، فالقول بصحة الاستثناء من غير الجنس باطل .

أما الاول ، فلان اللفظ الدال على شيء بعينه غير دال على ما يخالف جنس مسماه ، واللفظ اذا لم يدل على مسماه لايحتاج الى صارف يصرفه عنه ، لاستحالة تحصيل ماهو حاصل .

وأما الثاني ، فلانه لوجاز حمل اللفظ على المعنى المشترك بين مسماه وبين المستثنى ليصح الاستثناء ، لجاز استثناء كل شيء من كل شيء ، لان كل شيئين لابد أن يشتركا من بعض الوجوه ، فاذا حمل المستثنى على ذلك المشترك صح الاستثناء .

ولما عرفنا أن العرب لم يجوزوا استثناء كل شيء من كل شيء علمنا بطلان هذا القسم ، وهو اختيار فخرالدين الرازي من الاصوليين وأكثر الفقهاء والنحاة .

والالتفات الى أن في القرآن والشعر والمعقول ما يدل على جواز ذلك .

أما الاول ، فآيات خمس :

الاول : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الاخطأ »[1].

الثاني : « فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس »[2] ولم يكن من الملائكة بل من الجن .

الثالث : « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاأن تكون تجارة عن تراض

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) سورة الحجر : ٣٠ .

منكم »[١].

الرابع : « ومالهم به من علم الااتباع الظن »[٢]والظن ليس من جنس العلم .

الخامس : « لايسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً * الاقيلا سلاماً سلاماً »[٣]والسلام ليس من جنس اللغو .

وأما الثاني ، فقول الشاعر وهو النابغة :

و بلدة ليس بها أنيس الا اليعافير والا العيس

وقول الاخر :

وقفت بها اصلالا أسائلها أعيت جواباً وما بالدار من أحد

وأما الثالث ، فلان الاستثناء تارة يقع عما يدل عليه اللفظ دلالة المطابقة والتضمن ، وتارة عما يدل عليه دلالة الالتزام ، فاذا قال : لفلان علي ألف دينار الا ثوباً ، فمعناه : قيمة الثوب . والحق الاول لما ذكرناه ، والايات مأولات .

واعلم أن المانعين اختلفوا على قولين ، منهم من منع من ذلك مطلقاً ، وهو غلط، لانه واقع ومنهم من منع من ذلك حقيقة وجوزه مجازاً ، وهو الحق ، واختاره فخر الدين والشيخ أبو جعفر .

أما المجوزون حقيقة ، فمنهم من ذهب الى أن الاستثناء مقول بالتواطىء على المتصل والمنفصل دفعاً للاشتراك ، وذهب آخرون الى أنه مشترك بينهما اشتراكا لفظياً ، لان المتصل اخراج والمنقطع يختص بالمخالفة من غير اخراج، فلا اشتراك معنوي هنا .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة هنا ، لكونها من المسائل المهمة ، وان كانت خارجة عن هذا العلم .

---

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سورة النساء : ١٥٧ .

(٣) سورة الواقعة : ٢٥ .

قال رحمه الله : اذا قال : له علي عشرة الا درهماً ، كان اقراراً بتسعة ونفياً للدرهم ولو قال : الا درهم ، كان اقراراً بالعشرة .

أقول : الفرق بين الصورتين أن « الا » في الصورة الاولى حرف استثناء ، ولهذا كان مابعدها منصوباً ، اذ الاستثناء من الموجب يجب أن يكون منصوباً في الاحوال الثلاث ، وان اختلف في ناصبه ، والاستثناء من الاثبات نفي كما قرره ، فيكون قد أقر بتسعة وأنفى درهماً .

وأما في الصورة الثانية ، فانها وصف لاحرف استثناء ، ولهذا كان ما بعدها مرفوعاً ، فيكون قد أقر بعشرة ، اذ المعنى : له عندي عشرة غير درهم .

قال رحمه الله : ولو قال : ماله عندي شيء الا درهم ، كان اقراراً بدرهم . وكذا لو قال : ماله عندي عشرة الا درهم ، كان اقراراً بدرهم . ولو قال : الا درهماً ، لم يكن اقراراً بشيء .

أقول : اذا كان الاستثناء من بعد حرف النفي وأردت أن تقر بما بعد الا رفعته ، لانك اذا رفعته فانما رفعته ، بأن جعلته بدلا من العشرة ، فكانك قلت : ماله عندي الا درهم ، وان لم يرد الاقرار فانصبه ، ليصير تعبير الكلام : ماله علي تسعة ، وانما لم يكن ذلك اقراراً لان « عندي » لم يرفع شيئاً ، فيثبت له عندك ، فكانك قلت : ماله عندي تسعة ، وهذا الفرق ذكره الشيخ في المبسوط[1] وأتبعه المتأخر .

قال رحمه الله : ويقبل اقرار المفلس ، وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الاصل ؟ فيه تردد .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله الى أن اقرار المفلس مقبول ، سواء أقر بدين في ذمته أو بعين من أعيان ماله ، محتجاً بعموم قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم

---

(١) المبسوط ٤/ ١١ .

جائز »[١] وهذا عاقل ، فيسمع اقراره .

وقال المتأخر : الاولى عندي أنه لايصح اقراره في أعيان ماله بعد الحجر عليه ويصح اقراره بدين في ذمته ، وهو حسن لتعلق حق الغرماء بأعيان أمواله .

اذا عرفت هذا فنقول : منشأ التردد النظر الى تعلق حق الغرماء بماهو موجود في يده ، فيعطى دينه من الفاضل عن دين غرمائه ، وهو أحد قولي الشافعي .

والالتفات الى أن المقرله قدصار غريماً بظاهر اقراره ، فتكون له المشاركة عملا بظواهر الاخبار، وهو اختيار الشيخ في كتابيه المبسوط[٢] والخلاف[٣] والمتأخر والقول الاخر للشافعي .

قال رحمه الله : لوشهد الاخوان وكانا عدلين بابن للميت ، ثبت نسبه وميراثه ولايكون ذلك دوراً .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : كل موضع يثبت النسب بالاقرار يثبت بالمال، الا في موضع واحد ، وهو اذاكان اثبات الميراث يؤدي الى اسقاطه مثل أن يقر الاخوان بابن للموروث ، فان نسبه يثبت ، ولايثبت الميراث ، لانه لوورث حجب الاخوان وخرجاعن كونهما وارثين، فيبطل الاقرار بالنسب ، اذهو اقرار من غير وارث ، واذا بطل النسب بطل الميراث ، فلما أدى اثبات الميراث الى اسقاطه أسقط ، فيثبت النسب دونه .

ثم قال رحمه الله : ولوقلنا بثبوت الميراث أيضاً كان قوياً ، لانه قد ثبت نسبه بشادتهما ، فتبعه الميراث لابالاقرار . هذا في المقر الذي يثبت النسب باقراره ،

---

(١) عوالى اللئالى ١/٢٢٣ و٢/٢٥٧ و٣/٤٤٢ .

(٢) المبسوط ٣/٤ .

(٣) الخلاف ١/٦٢٢ .

وهو اذا كانا عدلين[1].

والمصنف رحمه الله اختار ماقواه الشيخ أخيراً،وهو المعتمد،واختاره المتأخر في الجزء الثالث من كتابه .

(١) المبسوط ٣ / ٣٩ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الايمان)

قال رحمه الله : ولو قال : وقدرة الله وعلم الله، فان قصد المعاني الموجبة للحال لم ينعقد اليمين ، ولو قصد كونه قادراً عالماً جرى مجرى القسم بالله القادر العالم . وكذا تنعقد بقوله : وجلال الله ، وعظمة الله ، وكبرياء الله ، وفي الكل تردد .

أقول : اعلم أن المتكلمين اختلفوا في صفات الله تعالى ، فذهب جمهورهم الى أن صفاته تعالى ذاتية ، فهو تعالى عالم لذاته قادر لذاته ، لابمعنى قائم به ، وكذلك باقي الصفات، والاشاعرة أنكرت ذلك وزعموا أنه عالم بالعلم قادر بالقدرة حي بالحياة، الى غير ذلك من الصفات، وتحقيق القولين مذكور في كتب الاصول.

فمن قال بالاول قال : اذا حلف بهذه الصفات لم ينعقد يمينه ، لان الله عالم بذاته ، فاذا قال . وعلم الله ، كان معناه ومعلوم الله ، فلايكون يميناً بالله .

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] والخلاف[2]: ان قصد الحالف المعاني التي أثبتها الاشعري لم ينعقد يمينه ، وان قصد به كونه قادراً عالماً كان يميناً ، فان

---

(١) المبسوط ١٩٦/٦ .

(٢) الخلاف ٥٥٢/٢ مسألة ١٠ .

ذلك قد يعبر به عن كونه عالماً وقادراً ، وأتبعه المتأخر .

والمصنف رحمه الله تردد في ذلك، ومنشأ تردده : النظر الى أن انعقاد اليمين حكم شرعي يقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلا على الانعقاد، وليس الا الحلف به تعالى، أو باسمائه المختصة به تعالى ، أو الذي ينصرف اطلاقها اليه وليس هنا شيء منها بموجود .

والالتفات الى أن ذلك قد يعبر به عن كونه قادراً عالماً ، ولو حلف بذلك انعقدت يمينه اجماعاً ،وكذا بما هو في معناه ، ولقائل أن يمنع انعقاد اليمين مع الحلف بالقادر العالم .

قال رحمه الله : الاستثناء بالمشيئة يقف اليمين عن الانعقاد، اذا اتصل باليمين أو انفصل ، بما جرت العادة أن الحالف لم يستوف غرضه ، ولو تراخى عن ذلك من غير عذر حكم باليمين ولغى الاستثناء ، وفيه رواية مهجورة .

أقول : أشار بذلك الى مارواه الحسين القلانسي أو بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : للعبد أن يستثني في اليمين مابينه وبين أربعين يوماً اذا نسي[١].

وفي روايــة الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في قوله تعالى « واذكر ربك اذانسيت[٢]» قال : اذا حلف الرجل فنسي أن يستثني فليستثن اذا ذكر[٣]. وعمل الاصحاب على الاول .

قال رحمه الله : ولايدخل الاستثناء في غير اليمين ، وهل يدخل في الاقرار ؟ فيه تردد ، والاشبه أنه لايدخل .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاقرار اخبار عن حق واجب في الذمة، فلايقبل

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/ ٢٨١ ح٢٠ .

(٢) سورة الكهف : ٢٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٨/ ٢٨١ ، ح١٩ .

التعليق على الشرط . أما الصغرى فاجماعية .

وأما الكبرى فلوجوب كون المشروط متوقع الوجود، واستحالة كون الاقرار كذلك ، ولان قبول الاستثناء على خلاف مقتضى الاصل ، لما فيه من المناقضة للكلام السابق، فلا نحكم بجوازه الا مع وجود الدليل الدال عليه ، وبه قال مالك من الجمهور، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[١] محتجاً بما ذكرناه أخيراً، وهو خيرة المتأخر ، وهو غير موجود هنا .

والالتفات الى أن الاقرار ايقاع ، فيدخل فيه الاستثناء كاليمين ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[٢] وأبي حنيفة ، ولما كان هذا الدليل ضعيفاً لكونه مجرد قياس وهو عندنا باطل ، لاجرم كان القول الاول أقوى .

فـرع :

قال الشيخ في المبسوط : يدخل الاستثناء في العتق والنذور[٣] وهو مذهب أبي حنيفة ، والبحث فيه كما تقدم .

قال رحمه الله : والحروف التي يقسم بها الباء والتاء والواو، وكذا لوخفض ونوى القسم من دون النطق بحروف القسم على تردد ، أشبهه الانعقاد :

أقول: منشؤه : النظر الى أن الانعقاد حكم شرعي ، فيقف ثبوته على اللفظ الذي وضعه الشارع دليلا عليه ، وليس الا هذه مع النطق بها ، اذ القسم لايكون الا بحرف القسم ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف[٤]، وحكاه عن جميع الفقهاء الا أبا جعفر الاسترابادي .

---

(١) الخلاف ٢ /٥٥٨ .

(٢) المبسوط ٦ /١٩٩ .

(٣) المبسوط ٦ /٢٠٠ .

(٤) الخلاف ٢ /٥٥٦ مسألة ١٨ .

والالتفات الى أن أهل اللغة أجازوا ذلك واستعملوه اختصاراً لكثرة الاستعمال ولعلم المحذوف هنا يقيناً فيكون جائزاً ومستعملا شرعاً ، اذ الشرعي غالباً تابع للغوي .

فائدة :

اذا كان المقسوم به اسم الله تعالى جاز نصبه وجره مع حذف حرف القسم ، فأما من نصب فانه يقول : انتصابه بفعل محذوف ، تقديره : ألزم يمين الله وحذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه ، أو يكون التقدير: أقسم الله ، أي بالله فلما حذف الحرف وصل الفعل اليه بنفسه فنصبه، ولايجوز الجر بعد الحذف الا في اسم الله خاصة لكثرة استعماله في القسم وقال الكوفيون : يجوز مطلقا ، واحتج كل من الفريقين بأدلة ليس هذا موضع ذكرها، لكن القول الاول أقرب في المقامين.

قال رحمه الله : ولو قال : ها الله كان يميناً ، وفي أيمن الله تردد ، من حيث هو جمع يمين ، ولعل الانعقاد أشبه ، لانه موضوع للقسم بالعرف ، وكذا أيم الله و م الله .

أقول : منشؤه : اختلاف النحاة في هذه اللفظة ، فقال البصريون : هي مفردة واشتقاقها من اليمن أي البركة ، فعلى هذا يكون يميناً قطعاً .

واحتج البصريون على صحة مذهبهم بأنها قد يكسر همزتها في بعض اللغات، ولو كانت جمع يمين لما كسرت ، وبأن همزتها همزة وصل ، بدليل حذفها في قول الشاعر :

فقال فريق القوم لما نشدتهم نعم وفريق أيمن الله لاندري

وهمزة الجمع ليست بهمزة وصل .

وقال الكوفيون : هي جمع يمين ، فعلى هذا لايكون قسماً ، لان اليمين ليس

بقسم، فكذلك جمعه ، اذهوعبارة عن تضعيف الواحد ، وهوضعيف ، فانه لايلزم من كون اليمين حالة الانفراد ليست قسماً أن لايكون حالةالجمع قسماً ، لانها هنا موضوعة للقسم بالعرف ، والوضع تابع للاصطلاح،كما بين في أصول الفقه ، فلهذا قال المصنف : ولعل الانعقاد أشبه .

واحتج الكوفيون على صحة مطلوبهم بقول الشاعر :

* يبري لها من أيمن وأشمل *

فلولم يكن جمعاً لما قابلها بالاشمل ، ولان في جمعها في القسم زيادة توكيد .

وأجاب البصريون عن ذلك بأجوبة ليس هذا موضع ذكرها .

وعلى الوجه الذي لخصناه لايظهر للخلاف فائدة في هذه المسألة ، لاتفاق الفريقين على كونها موضوعة للقسم ، وان اختلفوا في كونها مفردة أوجمعاً .

وأما أيم الله ، فأصلها أيمن الله ، فحذف النون منها لكثرة استعمالها وتكسر همزتها وتفتح .

و « م الله » أصلها أيم الله ، فحذفوا الالف اختصاراً واصل ايم الله أيم الله وكسروها،لانها صارت حرفاً واحداً فاشبهت الباء . وأما من الله ، ففيها لغات : ضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما ، حكاه الجوهري في الصلاح[1]، وأصلها أيمن الله أيضاً ، فحذفت الهمزة تخفيفاً ، فبقيت الياء ساكنة ، والابتداء بالساكن محال فحذفت أيضاً وبقيت الهمزة والنون .

قال رحمه الله : وتصح اليمين من الكافر ، وقال في الخلاف : لاتصح ، وفي صحة التكفير منه تردد ، منشؤه الالتفات الى اعتبار القربة .

أقول : وجه الصحة النظر الى التمسك بالعمومات الدالة على وجوب الكفارة مع الحنث .

---

(١) صحاح اللغة ٦/٢٢٢١ .

واعلم أن الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] حكم بصحة اليمين منه في حال كفره، ولم يحكم بصحة تكفيره حالة كفره. وحكم في الخلاف[2] ببطلانهما، وهو قول أبي حنيفة، الا أنه قال بعد ذلك: واستدل الشافعي بظواهر الاخبار وحملها على عمومها، وهو قوي يمكن اعتماده.

والتحقيق أن يقال: موجبات الكفر مختلفة، فقد يكون انكار مؤثر مختار أو وحدانيته ومافي معناهما، وقد يكون نبوة محمد ﷺ، و قد يكون انكار امامة من يقوم مقامه، فالاول لا يصح منه التكفير، لكونه غير عارف بالله، ولايلزم مثله في الثاني والثالث.

قال رحمه الله: اذا حلف لايأكل طعاماً اشتراه زيد، لم يحنث بأكل مايشتريه زيد وعمرو، ولو اقتسماه على تردد.

أقول: منشؤه: النظر الى أصالة براءة الذمة من وجوب التكفير، ترك العمل بها في صورة الاكل من الطعام الذي يختص بشرائه زيد، لتحقق الحنث حينئذ، فيبقى معمولا به فيما عداه، ولان اليمين انما تناولت الطعام الذي يستقل باشترائه زيد، وهو غير موجود هاهنا، أما قبل القسمة فظاهر، وأما بعد القسمة فلانه وان كان قد صار هذا القدر المقسوم مختصاً بزيد، فهو غير مختص بشرائه، وهو اختيار المتأخر.

والالتفات الى أن الطعام قد اشترياه صفقة واحدة، فيكون كل واحد قد اشترى بصفة، بدليل أنه يلزم كل واحد ثمن النصف، واذا ثبت ذلك وأكل من الطعام حنث، لانه قد أكل من طعام يصدق عليه أنه اشتراه زيد، كما لو حلف لا أكلت رغيف زيد، فأطبق عليه رغيف عمرو فأكلهما حنث، لانه قد أكل رغيف زيد وان

---

(١) المبسوط ٦ / ١٩٤ .

(٢) الخلاف ٢ / ٥٥٢ .

كان معه رغيف عمرو فكذا هنا،لانه قد أكل من طعام اشتراه زيد وان كان مع غيره وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وليس بجيد .

قوله « هذا طعام اشترياه معاً فيكون لكل واحد نصفه » قلنا : مسلم ، فيحنث ، لانه أكل من طعام اشتراه زيد قلنا حقيقة أومجازاً ، الاول ممنوع لصدق النفي الذي هو من علامات المجاز على كل جزء جزء منه ، الثاني مسلم لكنه غير نافع في المطلوب ، اذ اللفظ حالة اطلاقه انما ينصرف الى حقيقته دون مجازه .

قوله «كما لو حلف لاأكلت رغيف زيد » الى آخره،قلنا : الفرق بين الصورتين ظاهر ، لان كل واحد من الرغيفين يشار اليه أنه لزيد بالخصوصية ، ونمنع سلبه عنه والاخر لعمرو كذلك ، بخلاف الصورة الاولى ، بدليل أنه لو أشار الى جزء منه وقال : هذه اشتراها زيد ، لصح الجواب بـ « لا » وانما اشتراها زيد وعمرو .

قال رحمه الله : اذا حلف لاأكلت رؤوساً ، انصرف الى ماجرت العادة بأكله غالباً ، كرؤوس البقر والغنم والابل، ولايحنث برؤوس الطير والسمك والجراد ، وفيه تردد ، ولعل الاختلاف عادي .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الرؤوس حقيقة في جميع ذلك ، فيحنث بأكل أيها كان ، عملا بظاهر اللفظ ، وهو خيرة المتأخر .

والالتفات الى أن الرؤوس المأكولة عرفاً وعادة انما هي هذه الثلاثة ، فيتعلق اليمين بها ، اذ الاظهر في الاستعمال انما هو العرفي، واللفظ اذا دار بين الحقيقة العرفية واللغوية ، فالترجيح للعرفية ، كما مر في أماكنه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] والخلاف ومذهب الشافعي ، وقال في الخلاف : انما أخرجنا ذلك بالاجماع[2].

---

(١) المبسوط ٦/٢٣٨ .

(٢) الخلاف ٢/٥٧٣ ، مسألة ٧٢ .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : هذا الحكم انما يكون اذا لم يكن له نية فأما اذا كان له نية حنث وبرعلى نيته[1]. وما قاله رحمه الله حسن .

قال رحمه الله : لوحلف لايأكل لحماً فأكل الية ، لم يحنث وهل يحنث بأكل القلب والكبد ، فيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان اليمين انما تناولت اللحم ، وليس الكبد والقلب لحماً ، وهو اختيار الشيخ في كتابيه ومذهب الشافعي .

والالتفات الى أن ذلك يسمى لحماً لغة وان لم يسم به عرفاً فيحنث بأكله ، اذ الحقيقة السابقة انماهي اللغوية ، وهو اختيار المتأخر في القلب خاصة ، ولم يذكر حكم الكبد ، واختار أبوحنيفة الحنث بأكل الكبد والطحال ، لانهما يباعان معاً مع اللحم .

فــرع :

قال الشيخ رحمه الله : حكم الطحال حكم الكبد والقلب .

قال رحمه الله : لوحلف لايأكل بسراً فأكل منصفاً ، أولا يأكل رطباً فأكل منصفاً ، حنث ، وفيه قول آخر ضعيف .

أقول : المراد بالمنصف هنا مانصفه بسر والنصف الاخر رطب .

اذا عرفت هذا فنقول : قال في الخلاف : اذا حلف لايأكل رطباً أو لا يأكل بسراً ، حنث بأكل المنصف فيهما ، مستدلا بأن أكل المنصف يستلزم أكل ماتعلقت اليمين به من أي النوعين كان وزيادة[2].

(١) المبسوط ٦/٢٣٩ .

(٢) الخلاف ٢/٥٧٤ .

وقال في المبسوط : ان أكل الرطب من المنصف حنث ، وان أكل منه البسر لم يحنث ، وان أكله على ماهو به حنث ، لانه قد أكل الرطب . ثم قال : وهكذا لوحلف لايأكل بسراً فأكل منصفاً ، فعلى ما فصلناه[١].

والظاهر أنه أراد في الخلاف ما فصله في المبسوط ، وهو مذهب الشافعي وأصحابه .

وقال ابن ادريس : الذي يقوى في نفسي أنه لايحنث للعرف ، لان السيد اذا قال لعبده : اشترلنا رطباً فاشترى منصفاً لم يعد ممتثلا لامره . وكذا لو أمره شراء البسر فاشترى المنصف ، وانما العرف العادي أن الرطب هو الذي جميعه قد نضج والبسر هو الذي جميعه لم ينضج .

وماقاله الشيخ أحسن ، وما اختاره ابن ادريس مذهب أبي سعيد الاصطخري . والظاهر أن المصنف أراد بالقول الضعيف ما ذكره ابن ادريس ، لاماقاله الشيخ رحمه الله .

قال رحمه الله : اسم الفاكهة يقع على الرمان والعنب والرطب ، فمتى حلف لايأكل فاكهة حنث بأكل واحدة من ذلك ، وفي البطيخ تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن للبطيخ نضجاً ، كنضج الرطب يحلو اذا نضج ويؤكل كالعنب والرطب ، فلهذا كان من الفاكهة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن ذلك لايسمى فاكهة عرفاً .

قال رحمه الله : اذا حلف لاآكل خلافاً فاصطبغ به حنث .

أقول : المراد بالاصطباغ هنا الايتدام ، قال الله تعالى « وشجرة يخرج من طور سيناء ينبت بالدهن وصبغ للآكلين »[٢].

---

(١) المبسوط ٦/٢٤١ .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٠ .

قال رحمه الله : أمالو قال : لاسكنت هذه الدار وهو ساكن بها ـ الى قوله:
أما التطيب ففيه التردد ، ولعل الاشبه أنه لايحنث بالاستدامة .

أقول : ينشأ : من النظر الى اصالتي براءة الذمة وعدم الحنث ، ترك العمل بها في صورة اللبس والركوب والسكنى والاسكان للاجماع ، ولان هذه الافعال تصح اضافتها الى المدة ،كماتصح اضافتها الى الابتداء ، فيقال : لالبستهما شهراً لاركبتها شهراً ، وكذلك السكنى والمساكنة فيه .

وليس كذلك التطيب ، اذ لاتصح اضافته الى المدة ،كما تصح اضافته الى الابتداء ، فلايقال : لاتطيب شهراً ، بل انما يقال : منذ شهر فاقترفا ، ولان الشرع قد جعل استدامة اللبس كابتدائه ، ولم يجعل استدامة الطيب كابتدائه ، بدليل أنه لو أحرم لابساً فاستدامه فعليه الفدية ،كما لو ابتدأه بعد الاحرام .

ولو أحرم متطيباً فلاشيء عليه ، وان كان ممنوعاً من ابتدائه حال احرامه . قال في المبسوط : وعندنا في الاحرام مثل ذلك ، غير أنه يجب عليه ازالة الطيب عنه[1]. وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن التطيب في عرف الشرع يصح نسبته الى الاستدامة كما يصح نسبته الى الابتداء ، فيقع الحنث باستدامته .

أما المقدمة الصغرى ، فلان الشارع أوجب على المتطيب دم شاة ، سواء ابتداء الطيب في حال احرامه أو استدامته، ولولا أن هذا الفعل يمكن نسبته اليهما لماصح ذلك . وأما الكبرى فظاهرة مع تسليم الصغرى، ولقائل أن يمنع الصغرى كما هو مذهب الشيخ في المبسوط .

---

(١) المبسوط ٦/٢٢٢ .

فـرع :

قال الشيخ رحمه الله : والبحث في التطهر والنكاح كالبحث في التطيب ، وهو حسن .

قال رحمه الله : ولو قال : لاضربت ، فأمر بالضرب لم يحنث، وفي السلطان تردد ، أشبهه أنه لايحنث الا بالمباشرة .

أقول : منشؤه : النظر الى أن اضافة الضرب الى الحالف يقتضي مباشرته له حقيقة ، فلايحنث بالامر بالضرب ، لانه انما تصح اضافة ضرب المأمور اليه على سبيل المجاز لصحة نفيه ، واللفظ عند اطلاقه انما يحمل على حقيقته دون مجازه ولاصالتي براءة الذمة من وجوب الكفارة وعدم الحنث ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[1]، واختاره المتأخر .

والالتفات الى أن العادة والعرف قاضيين بنسبة هذا الفعل اليه وان لم يصدر عنه ، فيحنث به . أما الصغرى فلانه يقال : باع الخليفة ، وان كان البائع وكيله، وكما قيل زنا ماعز فرجمه رسول الله ﷺ ، وانما أمر برجمه ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط[2] أولا ، ثم قوى القول الاول أخيراً . وأما الكبرى فظاهرة حينئذ .

قال رحمه الله : ولـو حلف لابعت أو لاشريت ، فتوكل لغيره في البيع أو الشراء ، ففيه تردد ، والاقرب الحنث لتحقق المعنى المشتق منه .

أقول : منشؤه : النظر الى أن البائع شيء صدر منه البيع ، وهـذا المعنى متحقق في الوكيل البائع عن غيره، فيحنث لايجاده الفعل الذي تعلقت به اليمين

---

(١) الخلاف ٥٧٦/٢ .

(٢) المبسوط ٢٤٣/٦ .

وهو البيع . وكذا البحث في الشراء .

والالتفات الى أن اطلاق اليمين ينصرف الى البيع عن نفسه عرفاً لا عن غيره فلايحنث ، وهو قوي لاصالة البراءة .

قال رحمه الله : اذا حلف لاركبت دابة العبد ، لم يحنث بركوبها ، لانها ليست له حقيقة ، وان أضيفت اليه فعلى المجاز ، أما لو قال : لاركبت دابة المكاتب ، حنث بركوبها ، لان تصرف المولى ينقطع عن أمواله ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ من النظر الى أصالتي براءة الذمة وعدم الحنث، ولان المكاتب وان انقطع تصرف المولى عن أمواله ، فهو عبده ، فلايحنث بركوب دابته، اذ ليست له حقيقة بدليل أنه ممنوع من التصرف فيها وفي باقي أمواله ، الا مع مراعات الغبطة .

والالتفات الى أنها وان لم يكن ملكه ، فهي في حكم ملكه ، بدليل أنه هو المتصرف فيها دون سيده ، والسيد لايملك بيعها ولاهبتها ولاالتصرف فيها بوجه من الوجوه ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

والحق أنه ان ركب دابة المكاتب المطلق حنث ، وان ركب دابة المكاتب المشروط لم يحنث ، والفرق بينهما أن الاضافة الحقيقية يكفي في تحققها ثبوت الملكية في المضاف ، كلية كانت أو جزئية ، وهذا المعنى متحقق في دابة المكاتب المطلق فيحنث .

وانما قلنا انه متحقق لانه اما أن يؤدي جميع ماعليه أولا ، فان أدى فلابحث لاستقرار ملكه للجميع حينئذ ، وان لم يؤد الجميع بل البعض فالاضافة متحققة أيضاً ، لتحقق الملكية الجزئية .

قال رحمه الله : التسري هو وطىء الامة ، وفي اشتراط التحذير نظر .

---

(١) المبسوط ٦/٢٤٤ .

أقول : اختلف العلماء في حقيقة التسري ، فذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه عبارة عن الوطىء والتحذير ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف[1]، محتجاً بأن الجارية ضربان : سرية وخادمة ، فاذا حذرها ووطىء فقد ترك الاستخدام وتسرى وقواه في المبسوط ، واختاره المتأخر ، وهو أحد أقوال الشافعي .

وذهب في قوله الثاني الى أنه عبارة عن الوطىء فقط ، وذهب في القول الثالث الى أنه عبارة عن الوطىء مع الانزال، وبه قال أبو يوسف، وهو المذهب عند ، وقواه في المبسوط[2] أيضاً .

اذا عرفت هذا فنقول : منشأ نظر المصنف الالتفات الى أصالتي براءة الذمة وعدم الحنث ، ترك العمل بها في تحنيثه اذا وطىء وحذر ، لانعقاد الاجماع على أنه تسر ، اذ لاخلاف بين هؤلاء طراً أنه لوفعل ذلك كان متسرياً ، وانما الخلاف في أنه لو حصل الوطىء فقط ، أو الوطىء والانزال هل يكون متسرياً أم لا ؟.

والالتفات الى أن الاحتياط يقتضي تحنيثه مع الوطىء فقط، أما أولا فلتحصيل البراءة بيقين. وأما ثانياً فلان مع الاختلاف لايأمن أن يكون الحق في أحد الاقوال لابعينه ، واذا كفر مع حصول الوطىء فقط كان عاملا بالاقوال جميعها ، فيجب عليه سلوك هذه الطريقة ، لقضاء العقل بوجوب سلوك الطريق المأمون دون غيره .

واعلم أن هذه المسألة فرضها الشيخ رحمه الله في صورتين : احداهما فيما اذا حلف ألا يتسري ، ذكر ذلك في الخلاف[3] الصورة الثانية فيما اذا قال : كل جارية تسريت بها فهي حرة ، ذكر ذلك في المبسوط .

ثم قال : فاذا قال ذلك نظرت ، فان لم يكن له جارية لم يتعلق به حكم ، فان

---

(١) الخلاف ٥٨١/٢ .

(٢) المبسوط ٢٥١/٦ .

(٣) الخلاف ٥٨١/٢ مسألة ١٠٦ .

ملك جارية بعد هذا فيسري بها لم يحنث ، بلاخلاف بيننا وبين جماعة ، لانهعقد اليمين قبل وجود الملك ، وان كان له جارية فتسرى بها حنث ، لانالعقد والصفة وجدا معاً في ملكه كالطلاق[١].

قال رحمه الله : ولو أذن المولى لعبده في ايقاع اليمين انعقدت، فلوحنث باذنه فكفر بالصوم ، لم يكن للمولى منعه ، ولو حنث بغير اذنه كان له منعه ، ولولم يكن الصوم مضراً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن صوم العبد تصرف في نفسه ، فلايسوغ له فعله الا باذن مولاه، ويكون له منعه منه، والمقدمتان ظاهرتان، وهو اختيارالشيخ رحمه الله في المبسوط[٢].

والالتفات الى أن الاذن له في ايقاع اليمين يستلزم الاذن له في الصوم مع الحنث ، فيكون له التكفير بالصوم ولايشرع للمولى منعه .

أما المقدمة الاولى، فلانالاذن فيالشيء اذن فيتوابع ذلك الشيء، ولقائل أن يمنع كون الصوم من توابع اليمين ، اذ مقتضاها المنع من الحنث لاوجوب الصيام ، بل هومن توابع الحنث ، وهوغيرمأذون فيه ،كمالو أذن له فيالتزويج فانه يلزمه مهر زوجته ونفقتها ، لانه من توابع النكاح ، ولاشك أن الصوم مع الحنث مع توابع اليمين ، فيكون الاذن فيها اذناً فيه .

وأما المقدمة الثانية فظاهرة وهو الاقوى .

---

(١) المبسوط ٢٥١/٦ .

(٢) المبسوط ٢١٧/٦ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب النذر)

قال رحمه الله : وكذا يتوقف نذر المملوك على اذن المالك ، فلو بـادر لم ينعقد وان تحرر ، لانه وقـع فاسداً ، وان أجاز المالك ففي صحته تردد ، أشبهه اللزوم .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قوله عليه السلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلايعصيه »[1] ولان المانع من الانعقاد انما هوعدم اذن السيد في الايقاع ، وهو منتف هنا ، ولان المقتضي للانعقاد موجود والمعارض هنامنتف فيجب القول بالانعقاد .

أما المقتضي فهو اللفظ الصريح الـدال على الالتزام بالمنذور الصادر من البالـغ العاقل المسلم .

وأمـا انتفاء المعارض ، فلان المعارض المذكور هنا ليس الا ثبوت سلطنة المولى عليه المقتضية لاستيلائه على منافعه المانعة من الانعقاد ، وهي هنا منتفية، لوجود الاجازة الدالة على الرضا بذلك النذر .

---

(١) عوالي اللئالي ٣/٤٤٨ .

والالتفات الى أن النذر ايقاع ، فلايقع موقوفاًكغيره ، والمعتمد الاول .

قال رحمه الله : ولو نذر أن يحج ولم يكن له مال ، فحج عن غيره ، أجزأ عنهما على تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى الرواية[1] الدالة على الاجزاء ، وقد ذكرناهافي كتاب الحج ، وهو اختيار الشيخ في النهاية[2].

والالتفات الى أن اطلاق نذر الحج ينصرف الى الاتيان به عن نفسه لاعن غيره ، ولان الحج عن الغيرمستحق بالاستئجار ، فلايكون مجزياً عن النذرأيضاً أما أولا ، فلاصالة عدم التداخل . وأما ثانياً، فلاستحالة اجتماع العلل علىمعلول واحد .

والحق أن نقول : ان قصد الناذر ذلك اجزاء عنهما ، وان أطلق ولـم يقصد ذلك لم يجزه الحج عن غيره ووجب عليه الاتيان بالحج عن نفسه .

قال رحمه الله : ولاينعقد نذر الصوم اذا لم يكن ممكناً ،كمالو نذرصوم يوم قدوم زيد لم ينعقد نذره ، سواء قدم ليلا أو نهاراً ، أما ليلا فلعدم الشرط، وأما نهاراً فلعدم التمكن من صيام اليوم المنذور ، وفيه وجه آخر .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف[3] والمبسوط الى أن هذا النذر غير منعقد محتجاً بوجهين :

الأول: اصالة براءة الذمة قاضية بعدم الوجوب، فيتمسك بها الى حين ظهور الناقل .

الثاني : أن صوم هذا اليوم مستحيل ، وكل أمرمستحيل لايصح نذره،فهذا

---

(١) تهذيب الاحكام ٣١٥/٨ ، ح٥٠ .

(٢) النهاية ص٥٦٧ .

(٣) الخلاف ٥٨٥/٢ مسألة١٣ .

لايصح نذره .

أما الصغرى فلان المسافر اما أن يقدم ليلا أو نهاراً ، ودليل الحصر ظاهر ، فان قدم ليلا لم يلزم الصوم أصلا ، لانه لم يوجد الشرط وهو القدوم نهاراً،وهذا لاخلاف فيه بين العلماء كافة ، وان قدم نهاراً لم يلزم الصوم ، لانه حينئذ يكون قد مضى جزء من النهار ، وهو بحكم المفطر ، واذا كان ذلك لم يصح صومه ، لان الصوم لايتبعض ، لان بعض يوم لايكون صوماً ، وهو اختيار المتأخر أيضاً وأحد قولي الشافعي ، واختاره أبو حامد من الجمهور أيضاً .

وأما الكبرى فاجماعية ، وذهب الشافعي في القول الثاني الى انعقاد النذر واختاره المزني ، فحينئذ نقول: اما أن يقدم نهاراً أو ليلا ، فان قدم ليلا لم يكن القضاء له ، اذ لم يوجد شرط النذر لكن يستحب . وان قدم نهاراً ، فهنا مسائل:

الاول : ورد الخبر بقدومه يوم كذا ، فنوى من ليلة ذلك اليوم أن يصوم غداً عن نذره ، فقدم من غده ، أجزأ صومه ولاقضاء عليه ، لانه قد صامه عن نذره ناوياً له من الليل .

الثاني : قدم المسافر والناذر مفطر ، فعليه القضاء ، لانه ماصامه عن نذره .

الثالث : أن يقدم والناذر صائم تطوعاً ، فانه يكمل بقية يومه ، ويقضيه اذا لم يثبت منه النذر من الليل . وهذه المسائل ساقطة عنا ، لما بيناه من عدم الانعقاد .

اذا عرفت هذا فنقول: يمكن أن يكون المصنف أشار بقوله «وفيه وجه آخر» الى ماذكرناه عن الشافعي .

ويحتمل أن يكون أراد بذلك أن المسافر ان قدم قبل الزوال ولم يكن قدتناول الناذر شيئاً من المفطرات ، وجب عليه انشاء نية الصوم عن نذره وأجزأ عنه ، لان وقت نية الصوم يمتد الى الزوال عندنا ، ولهذا يجوز انشاء النية مالم يزل الشمس .

هذا في غير صوم رمضان ، فأما صوم رمضان فلابد من اختصار النية فيه عند أول جزء من الصوم أونيتها مستمراً علي حكمها .

واعلم أن هذا الاحتمال ذكره الشيخ في المبسوط[١] في كتاب الصوم ، وقال في كتاب النذر منه بعد ذكر هذه المسألة بلافصل: فان فرضنا قدوم زيد مع طلوع الفجر ، لـم يجب عليه قضاء أيضاً ، لان عند حصول الشرط يجب عليه ، فيحتاج أن ينوي فيما بعد الصوم عما وجب عليه ، وهذا لايصح هاهنا ، لأنه قد مضى جزء من اليوم وهو بحكم المفطر .

وهذا القول يدل على أن نية الصوم لابد من احضارها عند أول جزء الصيام ، أو نيتها مستمراً على حكمها ، والمشهور بين علمائنا الاول .

قال رحمه الله : لو نذر الصيام في بلد معين ، قال الشيخ : صام اين شاء ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة من الوجوب ، ترك العمل بها في وجوب الصوم، للاجماع، ولعموم النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالمنذور فيبقى معمولا بها فيما عداها .

والالتفات الى ان نذر الصيام في بلد معين طاعة ، فيجب الوفاء به، ولايجزي الصوم في غيره ، والمقدمتان ظاهرتان ، وهو ظاهر كلام المتأخر في كتاب الصوم .

ولقائل أن يمنع كون المجموع ـ أعني : الصوم و كونه في بلدمعين ـ طاعة بل الطاعة انما هي الصوم فقط، فيجوز ايقاع الصوم حينئذ في أي موضع شاء المكلف.

واعلم أن هذا المنع انما يتمشى اذا لم يكن الموضع الذي قد نذر فيه الصيام من الاماكن المشرفة. أما اذا كان من الاماكن المشرفة، كالمسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ وماشاكلهما ، فالاقوى ايقاع الصوم في الموضع المنذور .

قال رحمه الله : ولو نذر الصلاة في مسجد معين أو مكان معين من المسجد

---

(١) المبسوط ١/ ٢٧٨ .

لزم ، لانه طاعة . أما لو نذر الصلاة في مكان لامزية فيه للطاعة على غيره ، قيل : لايلزم ، وتجب الصلاة ويجزي ايقاعها في كل مكان ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ من النظر الى الاصالة الدالة على براءة الذمة من لزوم الصلاة في الموضع المعين ، ولان المنذور يشترط أن يكون طاعة ولاطاعة في الصلاة في هذا المكان ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى عموم قوله تعالى « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم »[١] وعموم قوله عليه السلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه »[٢] وهو الذي قواه الشيخ أخيراً .

فرعان :

الاول : اعلم أن الشيخ رحمه الله قال في المبسوط : اذا نذر أن يصلي ركعتين في أحد هذين المسجدين ، وعنى مسجد النبي عليه السلام والاقصى ، انعقد نذره بالصلاة وهل يتعين عليه المكان بالنذر ؟ قال قوم : يتعين عليه . وقال قوم : لايتعين وله ايقاع الصلاة حيث شاء ، والاول أقوى .

واحتج على ذلك بأنه طاعة فيجب الوفاء به ، عملا بالخبر الذي ذكرناه نحن أولا ، ولان أبا سعيد الخدري روى أن النبي صلى الله عليه وآله قال : لاتشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الاقصى ، ومسجدي هذا .

ثم قال : واذا نذر اتيان غيره هذه ، فمسجد الكوفة والبصرة ونحوهذا ، فلا ينعقد نذره . وكذا لو نذر الصلاة فيها ، بل يصلي حيث شاء . ثم قال : ويقوى في نفسي أنه متى نذر الصلاة في هذه المساجد لزمه .

وأقول : والاول أقوى عندي ، عملا بظاهر رواية الخدري .

الثاني : قال رحمه الله في المبسوط أيضاً : اذا نذر اتيان هذين المسجدين

---

(١) سورة النحل : ٩١ .

(٢) عوالي اللئالي ٢ / ١٢٣ .

أعني : مسجد النبي عليه السلام والاقصى ، وجب ويلزمه عند الوصول صلاة ركعتين ، لان المقصود بالاتيان الطاعة والقربة ، وانما يحصلان بالصلاة فيه لابقصده ، ولقائل أن يمنع المقدمة الثانية ، اذ نفس قصد أحدهما طاعة .

قال رحمه الله : اذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان ، لم ينعقد نذره لان صيامه مستحق بغير النذر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن صوم هذا اليوم واجب بأصل الشرع ، فلايصح نذره أما أولا، فلاستحالة تحصيل الحاصل . وأما ثانياً فلاشتماله على العيب ، وهو اختيار الشيخ في المسبوط ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات أنه ربما تحققت في هذا النذر فائدة ، وهو وجوب كفارة خلف النذر مع تعمد المخالفة بالافطار، فيصح النذر لتحقق هذه الفائدة ، وهو اختيار شيخنا في المختلف[1].

تمت الترددات المذكورة في قسم الايقاعات ، والله المشكور على ما أسبغ من أنعمه السنيات .

(١) مخلف الشيعة ص١١١ من كتاب الايمان .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الصيد)

قال رحمه الله : ويؤكل ما قتله المعراض اذا خرق .

أقول : المعراض السهم الذي لاريش فيه ، ذكر ذلك الجوهري في الصحاح[1].

قال رحمه الله : اذا عض الكلب صيداً ، كان موضع العضة نجساً يجب غسله على الاصح .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله في الخلاف[2] الى أن موضع العضة ليس بنجس، فلايجب غسله ، مستدلا بقوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم »[3] فأباح تعالى الاكل ولم يأمر بالغسل ، ولان الاخبار كلها دالة على ذلك ، اذ لم يؤمر فيها بغسل الموضع ، وهو أحد قولي الشافعي .

والحق الوجوب ، وهو اختيار المتأخر ، والقول الثاني للشافعي .

لنا ـ أنه نجس فيجب غسل الموضع الذي لاقاه بفمه ، أوغيره من سائر جسده

---

(١) صحاح اللغة ١٠٨٣/٣ .

(٢) الخلاف ٥١٧/٢ .

(٣) سورة المائدة : ٤ .

والمقدمتان ظاهرتان اجماعيتان عندنا ، والايات والاخبار متروكتا[1] الظاهر ، للاجماع المقدم ذكره . وقال في المبسوط : القول بعدم التنجيس أقوى ، والثاني أحوط[2] .

قال رحمه الله في فصل الذباحة : فان نحر المذبوح أو ذبح المنحور فمات لم يحل أكله . ولو أدرك ذكاته فذكى حل ، وفيه تردد ، اذ لااستقرار للحياة بعد الذبح أو النحر .

أقول : منشؤه : النظر الى أصل الاباحة ، ولان المقضي للاباحة وهو التذكية موجود ، فيحكم بها عملا بالمقتضي ، وهو اختيار الشيخ في النهاية[3] ، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن التحليل حكم شرعي ، فيقف ثبوته على الدليل الشرعي ، ولم يوجد دليل دال على تحليل المنحور اذا ذبح أو المذبوح اذا نحر ، والتذكية انما تؤثر الاباحة اذا صادفت محلا قابلا لها ، وهو غير موجود هنا ، اذ المحل القابل انما هو ذو الحياة المستقرة اجماعاً ، ونحن نمنع استقرار الحياة مع الذبح أو النحر ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف[4].

قال رحمه الله : وتكره الذباحة ليلا الامع الضرورة ، وبالنهار يوم الجمعة قبل الزوال ، وأن ينخع الذبيحة .

أقول : المراد بالنخع هنا ابانة الرأس من الجسد وقطع النخاع ، وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ، وهي منظومة فيه ، وهي من الرقبة ممدود عجب الذنب ، هذا تفسير الشيخ رحمه الله وابن ادريس .

---

(١) في « س » : متركتي .

(٢) المبسوط ٦ / ٢٥٩ .

(٣) النهاية ص٥٨٣ .

(٤) الخلاف ٢ / ٥٢٩ .

وقال الجوهري : يقال ذبحه فنخعه ، أي : جاوز منتهى الذبح الى النخاع، ومنه دابة منخوعة[١].

قال رحمه الله : ذكاة الجنين ذكاة أمه ان تمت خلقته ، وقيل : ولم تلجه الروح ولو ولجته ، لم يكن بد من تذكيته، وفيه اشكال . ولولم يتم خلقته لم يحل أصلا ومع الشرطين يحل بذكاة أمه . وقيل : لوخرج حياً ولم يتسع الزمان لتذكيته حل أكله ، والاول أشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في النهاية : واذا ذبح شاة أوغيرها ، ثم وجدفي بطنها جنين ، فان كان قد أشعر أو أوبر ولم يلجه الروح فذكاته ذكاة أمه . وان لم يكن تاماً لم يحل أكله على حال ، وان كان فيه روح وجب تذكيته ، والا فلا يجوز أكله[٢]. وتبعه ابن ادريس .

وبمضمونه قال في الخلاف[٣] والمبسوط ، الا أنه قال في المبسوط : وان خرج حياً نظرت ، فان عاش بقدر مالايتسع الزمان لذبحه فهو حلال ، وان عاش مايتسع الزمان لذبحه ثم مات قبل الذبح فهو حرام ، سواء تعذر ذبحه لتعذر الالة أو لغيرها[٤]. وهو مذهب الشافعي وجماعة من قدماء الجمهور .

وقال المصنف في نكت النهاية حيث سئل هل أراد الشيخ رحمه الله بقوله « ولم يلجه الروح » أصلا أم وقت خروجه لم يكن فيه روح ؟ وبماذا يكون[٥] تاماً ؟ هل بعدم الاشعار أم بشيء آخر ؟ أراد بالذي ليس بتام مالم يكن أشعر أو أوبر ،

---

(١) صحاح اللغة ١٢٨٨/٣ .

(٢) النهاية ص٥٨٤ ــ ٥٨٥ .

(٣) الخلاف ٥٤٢/٢ .

(٤) المبسوط ٢٨٢/٦ .

(٥) في « م » : لايكون .

وأراد عدم ولوج الروح فيه أصلا، بحيث لوولجته الروح فيه أصلا ، بحيث لو ولجته الروح في جوف أمه لم يحل مالم يذك .

ثم قال : هذا مقصوده رحمه الله في كتبه كلها ، وتابعه المتأخرون على ذلك، وعندي هذا في موضع المنع .

أما اشتراط تمام الخلقة ، فانا نسلمه اتفاقاً ، ولرواية محمد بن مسلم عن أحدهما[١]،ورواية يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام[٢]،ورواية جراح المدائني عنه عليه السلام[٣]، ورواية ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام[٤].

وأما اشتراط عدم ايلاج الروح مع اشتراط الاشعار والايبار،فبعيد . أما أولا فلعدم النقل ، وأما ثانياً فلقضاء العادة بخلافه . وماقاله المصنف سديد في موضعه .

قال رحمه الله : الثاني ـ الحشرات،كالفأر وابن عرس والضب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، أشبهه أنه لايقع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوقوع حكم من أحكام الشريعة ، فيقف ثبوته على الخطاب الشرعي ، وهو مفقود هنا .

والالتفات الى أنها طاهرة ، فيصح ذكاته . وانما كان عدم الوقوع أشبه ، لان ذبح الحيوان محظور الابالشرع، لمافيه من التعذيب المستقبح عقلا ولاشرع هنا .

قال رحمه الله : الرابع ـ السباع ، كالاسد والنمر والفهد والثعلب ، ففي وقوع الذكاة عليها تردد ، والوقوع أشبه .

أقول : ينشأ : من النظر الى ما ذكرناه في التردد السابق على هذا بلا فصل . وانما كان الوقوع هنا أشبه ، لما في تسويغه من المنفعة المقصودة للعقلاء ، وهي

(١) تهذيب الاحكام ٩/ ٥٨ ، ح٢٤٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ٩/ ٥٩ ، ح٢٤٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ٩/ ٥٩ ، ح٢٤٥ .

(٤) تهذيب الاحكام ٩/ ٥٨ ، ح٢٤٣ ، وفيه ابن سنان .

الانتفاع بجلود ماذكرناه : أما مع الذكاة فقط ، أومع الدبغ أيضاً على الخلاف .

قال رحمه الله : ولو اتخذ موحلة للصيد ، فنشب بحيث لايمكنه التخلص، لم يملكه بذلك ، لانها ليست آلة معتادة ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الموحلة ليست آلة في العادة ، فلا يحصل بها ملك الصيد ، بل يفيد الاولوية ، فان تخطاها أحد وأخذ الصيد ملكه وان كان مسيئاً وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى ان اتخاذ الموحلة للصيد يجري مجرى الحيازة يملك بها الصيد اذ هو مباح والمباح يملك بالحيازة ، ولان ذلك يسمى آلة لغة .

قال رحمه الله : ولو أغلق عليه باباً ولامخرج له ، أوفي مضيق لايتعذر قبضه ملكه ، وفيه أيضاً اشكال، ولعل الاشبه أنه لايملك هنا الامع القبض باليد أو الالة .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن ذلك ليس آلة معتادة للاصطياد ، ولان الملك حكم شرعي فيقف على موضع الدلالة ، وحيث لادلالة فلا حكم .

والالتفات الى أن ذلك حيازة فيقع به الملك . وانما كان عدم الملك أشبه ، لدلالة الاصل عليه .

قال رحمه الله : ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه ، فان نوى اطلاقه وقطع نيته عن ملكه ، هل يملكه غيره باصطياده ؟ الاشبه لا، لانه لايخرج عن ملكه بنية الاخراج ، وقيل : يخرج ،كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله ، فانه يكون كالمبيح له ، ولعل بين الحالين فرقاً .

أقول : أشار بالفرق الى أن الاهمال هنا انما أفاد الاباحة على تقدير تسليمها ، وهو غير المتنازع فيه ، اذ النزاع انما وقع في افادة الملك وهو غير الاباحة .

قال رحمه الله في كتاب الاطعمة والاشربة : الاول ـ في حيوان البحر، ولايؤكل منه الا ماكان سمكاً له فلس، سواء بقي عليه كالشبوط والبياح ، أولم يبق كالكنعت .

أقول : الكنعت ضرب من السمك، ويقال أيضاً :كنعد بالدال غير المعجمة،

نقل ذلك المتأخر في كتابه .

قال رحمه الله : ماليس له قانصة ولاحوصلة ولاصيصية فهو حرام .

أقول : المراد بالصيصية هنا الجارحة من كف الطائر ، فانها بمنزلة الابهام من بني آدم، وكل مايحصن به صيصه بغير همز ، لانها مشتقة من الصياص، وهي الحصون ، وقد يراد بها القرون أيضاً ، ذكر ذلك جميعه المتأخر .

قال رحمه الله : المحرمات من الذبيحة خمسة : الطحال ، والقضيب ، والفرث ، والدم، والانثيان، وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد، أشبهة التحريم لما فيها من الاستخباث .

أقول : منشؤه : النظر الى قضاء الاصالة بالاباحة ، وهو خيرة شيخنا المفيد وسلار .

والالتفات الى أن هذه الاشياء مستخبثة عرفاً، فتكون محرمة شرعاً. أما المقدمة الاولى ، فظاهرة لكونها وجدانية .

وأما الكبرى، فلقوله عليه السلام «كل مارآه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن»[1] ولاشك أن استخباث هذه الاشياء حسن عند المسلمين ، فيكون حسناً عند الله تعالى، عملابظاهر الخبر ، وهو المراد بالتحريم هنا، وهو اختيار الشيخ وأتباعه.

والمثانة بالثاء المنقطة بثلاث نقط موضع البول ومخففة ، ذكر ذلك الجوهري[2] والمتأخر.

والمشيمة الغرس وأصلها مفعلة فسكنت الياء والجمع مشائم على مثال معائش ، ذكر ذلك الجوهري في صحاحه[3] . وعنى بالغرس بكسر الغين ما

---

(١) عوالى اللئالى ١/ ٣٨١ .

(٢) صحاح اللغة ٦/ ٢٢٠٠ .

(٣) صحاح اللغة ٥/ ١٩٦٣ .

يخرج مع الولد كأنه مخاط ويقال : جليدة يكون على وجه الفصيل ساعة يولد فان تركت قتلته . قال الراجز :

يتركن في كل مناخ أبس كل جنين مشعر في غرس[١]

قال رحمه الله : أما الفرج والنخاع والعلباء والغدد وذات الاشاجع ـ الى آخره .

أقول : قد مر تفسير النخاع ، وفيه لغتان : ضم النون وكسرها، ومن العرب من يفتحها أيضاً .

والعلباء بكسر العين عصبتان عريضتان صفراوان ممدودان من الرقبة على الظهر الى عجب الذنب .

والاشاجع أصول الاصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف، الواحد أشجع، قال لبيد :

وأنه يدخل فيها أصبعه يدخلها حتى تواري أشجعه

قال الجوهري : وناس يزعمون أنه اشجع مثال اصبع ، ولم يعرفه أبو الغوث[٢].

قال رحمه الله : القسم الخامس في المائعات ، والمحرم منها خمسة : الخمر وكل مسكر كالنبيذ والبتع والفضيخ ، والنقيع والمزر .

أقول: البتع بكسر الباء المنقطة من تحتها نقطة واحدة وسكون التاء المنقطة من فوقها بنقطتين شراب يتخذ من العسل .

والنقيع : شراب يتخذ من الزبيب . والمزر : شراب من الذرة . وأما الفضيخ ، فهو شراب يتخذ من تمر وسر ، ويقال : هو أسرع ادراكاً .

---

(١) صحاح اللغة ٩٥٢/٢ .

(٢) صحاح اللغة ١٢٣٦/٣ .

قال رحمه الله : ودواخن الاعيان النجسة عندنا طاهرة ، وكذاكل ما أحالته النار فصيرته رماداً أو دخاناً على تردد .

أقول : ينشا : من النظر الى أن ايجاب الاصحاب الاستصباح بالدهن النجس تحت السماء دون الظلال يؤذن بنجاسة دخان الاعيان النجسة ورمادها، وهو أصح وجهي الشافعي .

والالتفات الى أن الاصحاب رووا جواز السجود على جص أو قد عليه بالنجاسات ، وذلك يدل على أن دواخن الاعيان النجسة ورمادها طاهران ، والا لزم السجود على النجس، وهو باطل اجماعاً ، وهذا الدليل عول عليه الشيخ في المبسوط[1] والمتأخر .

واحتج في الخلاف[2] بأصالتي الطهارة وبراءة الذمة ، وبأن الحكم بالنجاسة وشغل الذمة يحتاج الى دليل ، ولقائل أن يمنع جواز السجود على الجص ، فيسقط حينئذ الاستدلال به .

ونمنع دلالة ايجاب الاستصباح بالنجس تحت السماء فحسب على النجاسة ولم لايقال ان ذلك تعبد شرعي تعبدنا به ؟كما هو مذهب ابن ادريس والمصنف أو نمنع وجوب الاستصباح به تحت السماء دون السقف ، بل هو جائز ، أي : الاستصباح به تحت الظلال على كراهية ،كما هو مذهب الشيخ في المبسوط[3]، وبالجملة فتردد المصنف هنا ضعيف بالمرة .

قال رحمه الله : لايجوز أن يأكل الانسان من مال غيره الا باذنه ، وقدرخص مع عدم الاذن في التناول من بيوت من تضمنته الاية اذا لم يعلم منه الكراهية ،

(١) المبسوط ٦/ ٢٨٣ .

(٢) الخلاف ٢/ ٥٤٤ مسألة ٢٠ .

(٣) المبسوط ٦/ ٢٨٣ .

ولا يحمل منه ، وكذا ما يمر به الانسان من النخل ، وكذا الزرع والشجر على تردد .

أقول : ينشأ من النظر الى أن جواز ذلك في النخل ثبت على خلاف مقتضى الدليل ، للاجماع والنص ، فيبقى الباقي من الزرع والشجر على أصالة التحريم، وهو اختيار الشيخ في الحائريات .

والالتفات الى الروايتين المرويتين عن أبي عبد الله عليه السلام [1] الدالتان على جواز الاكل من جميع ذلك، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3] وكتابي الاخبار، واختاره المتأخر ، الا أن المتأخر جوز التناول مالم ينه المالك ، والشيخ أطلق القول بالجواز وخص الجواز في النهاية[4] بالفواكه .

واعلم أنه قد روى علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام ما يضاد ذلك ظاهراً قال : سألته عن الرجل يمر بالثمرة من النخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر ، أيحل أن يتناول ويأكل بغير اذن صاحبه ؟ وكيف حاله ان نهاه صاحب الثمرة ؟ وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه ؟ قال: لايحل له أن يأخذ منه شيئاً[5]. وحمل الشيخ ذلك على النهي عن الاخذ دون الاكل .

قال رحمه الله في أحكام المضطر : ولو وجد ميتة وطعام الغير ـ الى قوله : فان كان صاحب الطعام ضعيفاً لايمنع أكل الطعام وضمنه ولم تحل الميتة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الضرورة المبيحة لاكل الميتة منفية هنا ، فلا

---

(١) تهذيب الاحكام ٦/٣٨٣ .

(٢) المبسوط ٢٨٨/٦ .

(٣) الخلاف ٥٤٦/٢ .

(٤) النهاية ص ٤١٧ .

(٥) تهذيب الاحكام ٩٢/٧ ، ح ٣٥ .

يسوغ لـه أكلها ، وانما قلنا انها منفية لانـه قادر على أكل طعام مستطاب حلالا ، بـأن يقومه على نفسه ويؤدي ثمن مثله فيجب عليه ، وهـو الذي قواه الشيخ فـي المبسوط[١].

والالتفات الى عموم النهي عن التصرف في مال الغير، ترك العمل به في ماإذا لـم يجد الاطعام الغير فقط ، للاجماع عليه ، ولتحقق الاضطرار اليه ، وحصـول الضرر العظيم مع تركه ، فيبقى معمولا به فيما عداه ، وهو الاقوى .

---

(١) المبسوط ٦/ ٢٨٧ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الغصب)

قال رحمه الله: ولواستخدم الحر لزمته الاجرة . ولوحبس صانعاً لم يضمن أجرته مالم ينتفع به، لان منافعه فيقبضته. ولواستأجره لعمل، فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد ، والاقرب أن الاجرة لاتستقر لمثل ماقلناه .

أقول : منشؤه : النظر الىأصالة براءة الذمة من الاجرة ، ولان المنافع انما تضمن بالغصب ولاغصب هنا .

والالتفات الى أن عقد الاجارة اقتضى وجوب الاجرة للاجير علىالمستأجر كما اقتضى وجوب العمل للمستأجر عليه من أول زمان الامكان، فاذا لم يستعمله في ذلك الزمان استقرت عليه الاجرة لتفريطه .

قال رحمه الله : ويضمن الخمر بالقيمة عند المستحل لا بالمثل ، ولو كان المتلف ذمياً على ذمي ، وفي هذا تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الخمر من ذوات الامثال ، ونعني بالمثلي مايتساوى أجزاؤه قيمة فيضمن بالمثل . أما المقدمة الاولى ، فظاهرة مع معرفة تفسير المثلي .

وأما المقدمة الثانية ، فاجماعية ولقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »[١] ولان المقتضي للضمان بالمثل موجود والمعارض مفقود ، فيجب القول بضمان المثل .

أما المقتضي للضمان بالمثل ، فهو تلف العين المغصوبة التي من ذوات الامثال ولاشك في وجوده هنا .

وأما المعارض ، فهو عدم ملكية الخمر المانع من أدائها بدلا ، وذلك انما يتأتى في حق المسلم ، أما الذمي فلا ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والالتفات الى أنه قول مشهور لعلمائنا، فيجب تلقيه بالقبول ، اذ الكثرة امارة الرجحان، خصوصاً وقد استدل الشيخ في الخلاف[٢] عليه باجماع الفرقة وأخبارهم.

فـرع :

قال الطحاوي: لو أسلم المتلف وكان ذمياً قبل أن يؤخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته. وهذا انما يتأتى على القول الاول . أما على قول الشيخ فلا ، بل تجب القيمة سواء أسلم المتلف أولا. ولما كان هذا الدليل ضعيفاً، لاجرم كان القول الاول أقوى .

قال رحمه الله : لوغصب شاة فمات ولدها جوعاً ، ففي الضمان تردد . وكذا لوحبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها . وكذا التردد لوغصب دابة فتبعها الولد .

أقول : منشأ التردد في هذه المسائل الثلاث من النظر الى أصالة براءة الذمة وهي دليل قطعي، فيتمسك بها الى حين ظهور الدليل الناقل عنها، وهو غير موجود هنا.

---

(١) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٢) الخلاف ١ / ٦٧٩ ، مسألة ٢٨ من كتاب الغصب .

ومن الالتفات الى أن سبب الاتلاف في هذه الصور صدر منه، فيلزم الضمان ولعله الاقوى .

قال رحمه الله : أما لو فتح رأس الظرف ، فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ، ففي الضمان تردد، ولعل الاشبه أنه لايضمن، لان الريح والشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة البراءة ، ولان الريح والشمس مستقلان بالاتلاف هنا ، فينتفي الضمان عنه ، بدليل أن المباشر للتلف أولى بالضمان من ذي السبب ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

والالتفات الى أن المباشر هنا ضعيف ، فيبطل حكمه ، والاول أقوى .

فائدة :

قال الشيخ في المبسوط: أصل هذا الباب وما في معناه كل من فعل فعلا بيده كان الضمان عليه، كما لو باشر القتل وان كان بسبب، فان كان مباحاً كمن حفر بئراً فوقع فيها انسان في ظلمة كان عليه الضمان ، وان حصل منه سبب وحدث بعده فعل سقط حكم السبب، ثم ينظر في المباشر ، فما يتعلق به الضمان ضمن، كالحافر والدافع والممسك والذابح ، وان كان مما لايضمن فعله سقط حكمه ، كالطائر بعد وقوفه عندهم ، وقد قلنا ما عندنا فيه[٢].

قال رحمه الله: وان لم يكن مثلياً ضمن قيمته يوم غصبه، وهو اختيار الاكثر. وقال في الخلاف: يضمن أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف، وهو حسن. ولاعبرة بزيادة القيمة ولابنقصانها بعد ذلك على تردد .

---

(١) المبسوط ٣/٨٩ ـ ٩٠ .

(٢) المبسوط ٣/٩٠ .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة ، تـرك العمل بها في صورة الزامه بالقيمة يوم غصبه، أو أعلى القيم من حين يوم الغصب الى حين التلف، فيبقى معمولا بها فيما عداها ، وهو خيرة الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

والالتفات الى أن الغاصب مأمور برد المغصوب في كل زمان يأتي عليه وهو في يده ، واذا ثبت أنه مأمور بذلك في كل أوان وجب عليه أعلى القيم من حين الغصب الى حين الرد ، ولان الغصب عقوبة وايجاب أعلى القيم مناسب لتلك العقوبة .

قال رحمه الله: وكل جناية [ديتها] مقدرة في الحر، فهي مقدرة في المملوك بحساب قيمته، وماليست مقدرة في الحر ففيها الحكومة. ولو قيل : يلزم الغاصب أكثر الامرين من المقدر والارش ، كان حسناً .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط[2] والخلاف[3]، واحتج عليه في الخلاف باجماع الفرقة وأخبارهم ، وأتبعه المتأخر ، ويؤيده الاصالة .

والقول الثاني للمصنف رحمه الله ، وربما كان أشبه لما فيه من تغليظ العقوبة على الغاصب .

قال رحمه الله: ولو استغرقت قيمته، قال الشيخ رحمه الله: كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة وبين امساكه ولاشيء له ، تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره ، وفيه التردد .

أقول : ايجاب القيمة مع تسليمه اليه للاجماع ، فيبقى معمولا بها فيما عداها

---

(١) المبسوط ٣/ ٦٠ .

(٢) المبسوط ٣/ ٦٢ .

(٣) الخلاف ١/ ٦٧٢ .

وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] والخلاف[2]، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم.

والالتفات الى أن تغليظ العقوبة يقتضي الزامه بأرش الجناية مع رد المملوك الى سيده .

قال رحمه‌الله: ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه كالخفين ـ الى قوله : أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة ، فتلف في يده وبقي الاخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد، رد قيمة التالف ان لو كان منضماً الى صاحبه ، وفي ضمان ما نقص من قيمة الاخر تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن أصالة براءة الذمة تنفي وجوب ذلك ، ولان سبب الضمان في هذه الصورة انما هو تلف المغصوب أو الغصب، وهو مفقود هنا اذ المغصوب انما هو التالف دون غيره ، بخلاف ما لو غصبها معاً ، وهو قوي .

والالتفات الى أن التفرقة جناية منه ، فيلزم ما نقص بها ، وهو ظاهر كلام الشيخ والمتأخر .

قال رحمه الله: ولو أغلا الزيت فنقص ضمن النقصان، ولو أغلا عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لايلزمه ضمان النقيصة ، لانها نقيصة الرطوبة التي لاقيمة لها بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد .

أقول: اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق في المبسوط[3] بين المسألة الاولى وهذه بأن النار لايفقد أجزاء الزيت ، فاذا ذهب بعض العين كان كالمتلف للزيت عينه وذاته ، فلهذا كان عليه ما نقص ، وليس كذلك العصير لان فيه ماءاً ، فالنار يأكل منه الماء وبعض الاجزاء، ألا تراه يثخن ويزيد حلاوته، فكأن الذي ذهب منه لا قيمة له ، فلهذا لم يضمن نقصان الكيل .

---

(١) المبسوط ٣/٦٤ .

(٢) الخلاف ١/٦٧٣ .

(٣) المبسوط ٣/٨١ .

والمصنف رحمه الله منع الفرق بين الصورتين، اذهما متساويتان، فيخصص احداهما بحكم ليس للاخرى ترجيح من غير مرجع . قوله « ألاتراه يثخن ويزيد حلاوته » قلنا : وكذلك الزيت يثخن .

قال رحمه الله : ولو أولدها المشتري كان حراً وعزم قيمة الولد ويرجع بها على البائع، وقيل في هذه : له مطالبة أيهما شاء ، لكن لوطالب المشتري رجع على البائع ، ولوطالب البائع لم يرجع على المشتري ، وفيه احتمال آخر .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في المبسوط قال : أما المشتري فلانه وجب بفعله ، وأما البائع الغاصب فلانه سبب يد المشتري[1] . والمتأخر قصر الرجوع على المشتري فقط لانه مباشر، وهوضعيف بغرور البائع اياه ، فيكون السبب أقوى ، ويجيء على قول هذا القول الزام الغاصب البائع فقط .

وأما الاحتمال الذي أشار المصنف رحمه الله اليه فهوما ذكر الشيخ رحمه الله والمتأخر ، من أنه اذا رجع المالك على البائع الغاصب، فكل موضع قلنالو رجع على المشتري رجع به المشتري على الغاصب ،كما يغرمه فيمالم يحصل له في مقابلته يقع كالولد ، فالغاصب هنا لايرجع بشيء ، وكل موضع قلنا لورجع على المشتري لم يرجع على الغاصب ،كما يغرمه في ماحصل له في مقابلته نفع فالغاصب هنا يرجع على المشتري لاستقرار الضمان عليه .

قال رحمه الله : اذا غصب مملوكة فوطأها ـ الى قوله : ولوسقط ميتاً قال الشيخ رحمه الله : لم يضمنه ، لعدم العلم بحياته ، وفيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبي ، وفرق الشيخ بين وقوعه بالجناية وبين وقوعه بغير الجناية .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر ذلك في المبسوط[2]، محتجاً بوجهين:

---

(١) المبسوط ٣/ ٦٨ .

(٢) المبسوط ٣/ ٦٦ .

الاول : أن الموجب لضمان قيمة الولد هنا انما هو الحيلولة بين مولى الامة وبين التصرف فيه ، والحيلولة انما يتحقق أن لو وضعته حياً، أما ميتاً فلا، لانا نعلم حياته قبل هذا .

الثاني: أصالة البراءة تنفي وجوب أداء القيمة مطلقا، ترك العمل بها في صورة وضعه حياً ، للاجماع على ذلك ، فيبقى معمولا بها فيما عداه .

والمصنف استشكل ذلك ، ومنشأ اشكاله أن القول بتضمين الاجنبي القاؤها الجنين ميتاً مع ضربه بطنها، يقتضي وجوب الضمان مطلقاً، لان السبب المقتضي للضمان هناك انما هو القاء جنين بظن حياته ، وهذا المعنى بعينه موجود في صورة ماإذا وضعته ميتاً من غير ضربه، فيجب القول بضمان قيمته أن لو سقط حياً عملا بالمقتضي .

والشيخ رحمه الله فرق بين هذه الصورة والاولى ، بأنها لما ألقته عقيب الضرب كان الظاهر أنه سقط بحياته ، وليس كذلك اذا وضعته ميتاً من غير ضرب، لان الاصل الموت حتى يعلم غيره ، ولعله الاقرب .

قال رحمه الله : ولو كان الغاصب والامة عالمين بالتحريم ـ الى قوله : ولو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه ، ولو وضعته ميتاً قيل : لايضمن ، لانا لانعلم حياته قبل ذلك ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه ماذكر في الاشكال السابق على هذا بلافصل .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب الشفعة)

قال رحمه الله : وفي ثبوت الشفعة في النهر والطريق والحمام وماتضر قسمته تردد ، أشبهه أنها لاتثبت .

أقول : منشؤه : النظر الى أن ثبوت الشفعة على خلاف مقتضى الدليل، لما فيها من منع المالك من التصرف في ملكه ، فلايحكم بثبوتها الا لدليل أقوى ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف، محتجاً بمارواه أبو هريرة وجابر أن النبي عليه السلام أنـه قال : الشفعة في كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الحدود فلا شفعة .

قال : فوجه الدلالة أنه ذكر الشفعة بالالف واللام وهما للجنس، فكان تقدير الكلام : جنس الشفعة فيمالم يقسم . يعني مايصح قسمتـه شرعاً ومالايصح قسمته لايدخل تحته ، وبـأن اثبات الشفعة حكم شرعي ، فيفتقـر الى الدليل الشرعي ، وبقوله عليه السلام « انما الشفعة فيمالم يقسم » ولفظة «انما» تفيد معنى «لا» فكأنه قال : لاشفعة فيما لم يقسم .

فاذا ثبت هذا فان تقدير الدلالة أن قوله «فيما لم يقسم» يفيد مايقسم الا أنه لم

يفعل فيه القسمة ، لانه لايقال فيما لم يقسم ، وانما يقال فيما لايقسم : مالم، وانما يقال فيه القسمة ، فلما قال «فيما لم يقسم» دل على ماقلناه[١].

وأقول: انما كان كذلك، لان لفظة «لم» يفيد نفي الماضي، فلهذا يصح دخولها على مايصح قسمته ، وفي معناها «لما» وأما لفظة «لا» فانها يفيد نفي الابد، فلهذا صح دخولها على ما لايصح قسمته شرعاً ، وفي معناها « الا » وهو اختياره في المبسوط [٢] وفي موضع من النهاية[٣] ومذهب الشافعي ومالك وربيعة ، وبه قال عثمان بن عفان .

والالتفات الى أن الشفعة انما شرعت لازالة الضرر عن الشفيع الحاصل بالشركة ، وهذا المعنى متحقق في سائر المبيعات المشتركة ، فيجب القول بثبوت الشفعة فيها عملا بالمقتضي، وهو اختيار المتأخر، ونقله عن السيد المرتضى وغيره من المشيخة ، واختاره الشيخ في الموضع الثاني من النهاية .

قال رحمه الله : وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة اذا بيع مع الارض تردد ، اذ ليس من عادته أن ينقل .

أقول : ينشأ من النظر الى أن الدولاب والناعورة مما يمكن نقله ، فلا يثبت فيه الشفعة ، للدليل الدال على انتفاء الشفعة عن المبيعات المنقولة .

والالتفات الى أن ذلك لاينقل عادة، وان كان ممكناً ، فيثبت فيه الشفعة للدليل الدال على ثبوت الشفعة في هذا النوع من المبيعات .

واعلم أن هذا التردد انما يتمشى على قول من لايثبت الشفعة في المنقولات، أما على القول بعموم الشفعة في المبيعات فلا .

---

(١) الخلاف ١/٦٩٠ مسألة ١٦ .

(٢) المبسوط ٣/١١٩ .

(٣) النهاية ص ٤٢٤ .

قال رحمه الله : فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء وهي عشرة:

الاول ـ لوكان الشفعاء أربعة ، فباع أحدهم وعفى الاخر، فللاخرين أخذ المبيع. ولو اقتصر في الاخذ على حقهما لم يكن لهما ، لان الشفعة لازالة الضرر، وبأخذ البعض يتأكد .

أقول: هذا التعليل غير واضح، بل الحق أن يقال: انما منعا من ذلك لمافيه من الاضرار بالمشتري ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[1] ، اذ الاضرار لا يتحقق هنا على تقدير تجويز أخذ حقهما فقط الا بالمشتري، أمابهما فلا، ولو أمكن تحققه لايندفع[2] باختيارهما .

والظاهر أن مراد المصنف بالضرر هنا ضرر الشفعاء ، ولاجرم أن يأخذ بعض المشفوع يتأكد ضررهما ، باعتبار ثبوت حق للمشتري بسبب الحصة المتخلفة ، فيمنعان من ذلك ، اذ هو سفه ، كما لو اتفقا على قسمة اللؤلؤة والجوهرة ، فان الحاكم يمنعهما لازالة الضرر عنهما .

قال رحمه الله : لو قال الحاضر : لاآخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته لان التأخير لغرض لايتضمن الترك ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن حق الشفعة يجب المطالبة به على الفور ، فيسقط بكل مايعد تقصيراً وتوانياً ، ولاشك أن تأخير الاخذ مع التمكن منه توان فيسقط به .

والالتفات الى أن التأخير هنا لعذر ، فلايبطل به الشفعة ، وهذا الذي قواه الشيخ في المبسوط[3].

---

(١) المبسوط ١١٤/٣ .

(٢) فى « م » : لايدفع .

(٣) المبسوط ١١٥/٣ .

واعلم أن هذا التردد انما يتأتى على قول من يقول : ان حق الشفعة على الفور، وهو الشيخ رحمه الله وأتباعه . أما على قول من لا يقول بذلك ـ وهو السيد المرتضى قدس الله روحه وأتبعه المتأخر ـ فلا اشكال في عدم البطلان .

قال رحمه الله : اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفعة في الحال وبين الصبر حتى يحصد ، لان له في ذلك غرضاً ، وهو الانتفاع بالمال ، وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة ، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد .

أقول : منشؤه : ما ذكر في التردد السابق عليه بلا فصل .

قال رحمه الله : الشفعة تورث كالمال ، فلو ترك زوجة وولداً ، فللزوجة الثمن وللولد الباقي . ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط ، وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع ، وفيه تردد ضعيف .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الوراث يقومون مقام مورثهم . ولو عفا المورث عن بعض ، سقطت الشفعة كلها اجماعاً ، فتسقط الشفعة كلها هنا بعفو أحد الوراث عن نصيبه تحقيقاً للمشابهة .

والالتفات الى أنها شفعة لعدة من الشركاء ، فلا تسقط بعفو البعض ، كما لو وجب لهم بالبيع . وأما المورث فالمستحق واحد ، فاذا عفا عن نصف حقه سقط كله ، بخلاف هذه الصورة ، فان الشريك هنا انما عفا عن كل حقه ، فلهذا لم يسقط حق شريكه ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، ولهذا كان التردد ضعيفاً .

قال رحمه الله : اذ اتبايعا شقصاً ، فضمن الشفيع الدرك عن البائع ، أو عن المشتري ، أوشرط المتبايعان الخيار للشفيع ، لم تسقط بذلك الشفعة ، وكذا لو كان وكيلا لاحدهما ، وفيه تردد لما فيه من امارة الرضا بالبيع .

---

(١) المبسوط ٣/١١٣ .

أقول : منشؤه : النظر الى عدم التنافي بين ثبوت الشفعة هنا وصحة هذه الاحكام وهو اختيار الشيخ في الخلاف[1] ، محتجاً على الجواز بعدم المانع منه ، وعلى عدم السقوط بعدم الدليل الدال عليه ، وهو مذهب الشافعي ، واختاره المتأخر في الوكالة خاصة .

والالتفات الى أن ذلك دلالة على الرضا بالبيع ، فتسقط الشفعة كما لو رضي بالبيع ولان البيع انما يتم به ، كما اذا باع بعض حقه لم يجب الشفعة على المشتري وبه قال أهل العراق .

قال رحمه الله : اذا باع الشقص بعوض معين لامثل له كالعبد ـ الى قوله : ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد ، هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد ، الاشبه لا ، لانه الثمن الذي اقتضاه العقد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الشفيع انما يجب عليه أداء ما استقر ثمناً وليس الاقيمة الشقص ، فلو كانت قيمة العبد أكثر من قيمة الشقص رجع بالتفاوت ، لانا بينا أنه أدى أكثر مما وجب عليه أداؤه ، فيكون الزائد باقياً على ملكه ، فيجوز له ارتجاعه ، عملا بقوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم »[2].

والالتفات الى أن الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد، وانما استقر على أن العبد هو الثمن ، فاذا تعذر دفعه لتعذر المثلية ، وجب دفع قيمته ، ونمنع أن الواجب الاخذ بما استقر ثمناً ، بل الواجب الاخذ بما انعقد عليه العقد ثمناً ، وهو اختيار المتأخر ، وحكى الشيخ في المبسوط[3] الوجهين ولم يرجح .

قال رحمه الله : لو كانت داراً لحاضر وغائب ـ الى قوله : ويرجع بالاجرة

---

(١) الخلاف ١ / ٦٩٣ .

(٢) عوالى اللئالى ١ / ٢٢٢ و٤٥٧ و٢ / ١٣٨ و٣ / ٢٠٨ .

(٣) المبسوط ٣ / ١٣٢ .

ان شاء على البائع ، لانه سبب الاتلاف ، أوعلى الشفيع لانه المباشر للاتلاف ، فان رجع على مدعي الوكالة ، لم يرجع الوكيل على الشفيع لانه غره ، وفيه قول آخر هذا أشبه .

أقول : أشار بالقول الاخر الى ما ذكره في المبسوط[1]، من أنه اذا رجع على الشفيع لم يرجع الشفيع على الوكيل،لان الشيء تلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على الشفيع،لان الضمان قد استقرعليه.

ثم حكى القول الذي اختاره المصنف رحمه الله ، وقوى الاول فقط ، والثاني أشبه عند المصنف ، لان المباشرة ضعيف بالغرور ، فكان السبب أقوى .

قال رحمه الله : ولو ترك عن الشفعة قبل البيع ، لم تبطل مع البيع ، لانه اسقاط ما لم يثبت ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن حق الشفعة انما يثبت بعد عقد البيع ، فاذا عفا قبل البيع كان عفوه باطلا ، فيكون له المطالبة بالشفعة مع وقوع البيع وانما قلنا ان عفوه باطل ، لانه لم يصادف مستحقاً ، وهو اختيار المتأخر .

والالتفات الى أن الشفعة مشروعة لمصلحة الشريك ودفع الضرر عنه ، فاذا لم يرده دل على عدم التضرر ، فلا تثبت الشفعة لانتفاء السبب .

قال المصنف في النكت ، و ليس ذلك من باب الاسقاط ، فيتوقف على الاستحقاق ، كالابراء من الدين ، وهوظاهر كلام الشيخ في النهاية[2]، وقد استدل كثير ممن ذهب الى ذلك بما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، فاذا باع ولم يأذن به فهو أحق[3]. وجه الاستدلال أنه علق

(١) المبسوط ٣/١٤٥ .

(٢) النهاية ص٤٢٥ .

(٣) عوالي اللئالي ٣ /٤٧٩ ، برقم : ١٤

الاستحقاق على عدم الاستيذان ، فلا يثبت معه .

قال رحمه الله : وكذا لوشهد على البيع ، أو بارك للمشتري أو للبائع ، أو أذن للمشتري في الابتياع ، فيهتردد، لان ذلك ليس بأبلغ من الاسقاطقبل البيع .

أقول : البحث في هذه المسائل كالبحث في السابقة وقد سلف .

قال رحمهالله : ولو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعة ــ الى قوله : وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان ، على تردد في هذا .

أقول : ينشأ من النظرالى أن الشفعة تابعة لصحة البيع، والبيع هنابطل لتلف عوضه ، فتبطل الشفعة تحقيقاً للتبعية ، ولان البائع لايملك مطالبة المشتري بالثمن لانه معين تلف قبل القبض ، فلايجوز المطالبة ببدله ، لعدم تناول العقد له .

فاذا تعذر تسليم الثمن بطلت شفعة الشفيع ، لانه انما يأخذ الشفعة بالثمن الذي يلزم المشتري ، والمشتري مالزمه الثمن ولابدل الثمن ، فوجب أن تبطل الشفعة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط .

والالتفات الىأن الثمن مضمون على المشتري ، فاذا تلف لزمه بدله ويصح البيع وتثبت الشفعة حينئذ لكونها تابعة له .

قال رحمهالله : قال في الخلاف : اذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي وأنكر الاجنبي ، قضى بالشفعة للشريك بظاهرالاقرار، وفيه تردد، من حيثوقوف الشفعة على ثبوت الابتياع ، والاول أشبه .

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمهالله فيالخلاف[1] والمبسوط، وحكم فيهما بثبوت الشفعة ، وهو مذهب جمهور الشافعية ،وهو تفريع المزني .

واحتج على ذلك في الكتابين بأن البائع أقر بحقين : أحدهما للمشتري والثاني للشفيع ، فاذا رد أحدهما ثبت حق الاخر ،كما لو أقر بدار لرجلين ،

---

(١) الخلاف ١/ ٦٩٥ مسألة ٣٤ .

فرد أحدهما ثبت للاخر حصته .

ومنع المتأخر من ذلك ، نظراً الى أن الشفعة تابعة لثبوت الابتياع ، وحيث لاثبوت فلا شفعة ، وذكر بعد ذلك كلاماً طويلا لافائدة في ايراده ، وهو مذهب أبي العباس ، والمصنف تردد في ذلك، ومنشأ تردده النظر الى الوجهين ، فانهما قويان .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب احياء الموات)

قال رحمه الله : ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم ، قضي له به ، لانه يدعي مايشهد به الظاهر ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الظاهر قاض له بذلك ، فيحكم له به ، عملا بظاهر قوله عليه السلام « أنا أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

والالتفات الى أنه خارج عن ملكه ولايدل عليه، فلايحكم له الا ببينة ، عملا بقوله عليه السلام « البينة على المدعي »[1].

قال رحمه الله : في شروط التملك بالاحياء : الخامس[2] ـ أن لايكون مما أقطعه امام الاصل ، ولو كان مواتاً خالياً من تحجير ،كما أقطع النبي عليه السلام الدور وأرضاً بحضرموت وحضرفرس الزبير ، فانه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة فلايصح رفع هذا الاختصاص بالاجياء .

أقول : المراد بالدور هنا الدور التي أقطعها النبي عليه السلام بالمدينة ، واختلف

---

(١) عوالي اللئالي ١/٢٤٤ و ٤٥٣ و ٢/٢٥٨ و ٣٤٥ .

(٢) في الشرائع المطبوع : الرابع .

الناس في ذلك، فمنهم من قال : أقطع الخراب الذي أرادوا أن ينوا فيه دوراً ، فسماه دوراً بما يؤول اليه من العمارة . وقال آخرون : كانت تلك الخرابة من ديار عاد ، فسماها باسم ماكانت عليه ، وكلاهما مجاز .

والحضر بضم الحاء وفتحها العدو، والمراد به هنا ماروي من أن النبي عليه السلام أقطع الزبير حضر فرسه ، فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه ، فقال النبي عليه السلام : اقطعوا له . فوفى بشرطه .

قال رحمه‌الله : والتحجير هو أن ينصب عليها المروز .

أقول : المروز جمع مرز ، وهو معروف . وأصل المرز القرص بأطراف الاصابع قرصاً رفيقاً ليس بالاظفار، فاذا أوقع المرزفهوحينئذ قرص عندأبي‌عبيد .

قال رحمه‌الله : وأما المدارس والربط، فمن سكن بيتاً ممن له السكنى ـ الى قوله : ولوفارق لعذرقيل: هو أولى عند العود ، وفيه تردد ، ولعل الاقرب سقوط الاولوية .

أقول : منشؤه: النظرالى أن سبب الاختصاص هنا منتف ، فينتفي الاختصاص عملا بالعلية .

أماالمقدمة الاولى، فلان السبب المقتضي للاختصاص ليس الا شغل الخير : اما بالجلوس فيه ، أوكون رحله باقياً فيه ، ولاشك في انتفائهما هنا . وأما المقدمة الثانية ، فظاهرة حينئذ .

والالتفات الى أن الاصل هنا الاولوية ، للاتفاق على أنها كانت حاصلة قبل المفارقة ، ترك العمل بها في صورة ما لو فارق من غير عذر ، للاجماع فيبقى معمولا بها فيما عداها .

قال رحمه الله : الطرف الرابع في المعادن الظاهرة ، وهي التي لاتفتقر الى اظهار ، كالملح والنفط والقار ، لاتملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر ، وفي

جواز اقطاع السلطان المعادن والمياه تردد ، وكذا في اختصاص المقطع بها .

أقول : منشؤه : النظر الى الاصل الدال على الجواز .

والالتفات الى أن ذلك لايملك على الخصوص ، بل الناس كلهم فيه شرع يأخذون منه حاجتهم ، فلايصح اقطاعه .

وروي أن الابيض بن حماد المازني استقطع رسول الله ملح مازن ، فروي أنه أقطعه ، وروي أنه أراد أن يقطعه، فقال له رجل ـ وقيل انه الاقرع بن حابس ـ : أتدري يارسول الله ماالذي تقطعه ، انما هو الماء المعد قال : فلااذاً والماء الدائم الذي لاينقطع[١].

وعنى بذلك أن الملح بمنزلة الماء الدائم لاينقطع ولايحتاج الى عمل واستجذاب شيء ، ولاخلاف أن أقطاع مشارع الماء غير جائز ، فكذا المعادن الظاهرة . وطعن في الخبر بأن ذلك يؤدي الى تخطئة النبي صلى الله عليه وآله في الاقطاع .

وأجيب عنه بأنه ماأقطع وانما أراد ولم يفعل، فنقل الراوي الفعل، ولانه عليه السلام أقطع على ظاهر الحال ، فلما انكشف رجع . وأما اختصاص المقطع بها، فهو فرع صحة الاقطاع ، فان جوزناه ثبت الاختصاص والا فلا .

قال رحمه الله : لوأحيا انسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي ، لم يشارك السابقين ، وقسم له مايفضل عن كفايتهم ، وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط[٢]، محتجاً على الاختصاص بأن هذا الماء من مرافق ملكهم ، فكانوا أحق به من غيرهم مع حاجتهم اليه .

والتردد من المصنف ، ومنشؤه : النظر الى ماستدل به الشيخ رحمه الله . والالتفات الى أنه بالاحياء ملك الارض . أما أولا ، فالاجماع اذ النزاع انما وقع

---

(١) نحوه سنن ابن ماجة ٨٢٧/٢ . والمبسوط ٢٧٤/٣ .

(٢) المبسوط ٢٨١/٣ .

في غيره . وأما ثانياً ، فلقوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له »[1] قضاءاً من الله ورسوله ، فيكون له في الماء نصيب معهم ، لعين ماذكره الشيخ رحمه الله .

(١) المبسوط ٢٦٨/٣ .

فصل

(فى ذكر الترددات المذكورة فى كتاب اللقطة)

قال رحمه الله : ولاريب في تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز، وسقوطه في حق البالغ وفي الطفل المميز تردد ، أشبهه جواز التقاطه وعجزه عن دفع ضرورته .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المصلحة المقتضية ، لجواز التقاط الطفل غير المميز موجودة في التقاط الصبي المميز، فيكون التقاطه جائزاً عملا بالمقتضي .

والالتفات الى أن المميز قادر على الاستقلال بحفظ نفسه ، فلايجوز التقاطه ولان جواز ذلك حكم شرعي ، وحيث لادلالة فلا شرع .

قال رحمه الله : واذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استعان به ، والااستعان بالمسلمين وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية ، لانه دفع ضرورة مع التمكن وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن هذا النوع من النفقة احسان ومعاونة على البر فتكون واجبة، عملا بظاهر قوله تعالى « وأحسنوا »[1]وقوله تعالى « وتعاونوا على

---

(١) سورة المائدة : ٩٣ .

البر والتقوى»[١] وانما خصصنا الوجوب بكونه على الكفاية ، لما في كونه واجباً على الاعيان من المشقة والحرج والضرر والعسر المنفيات شرعاً ، الا عند وجود الدليل الدال على ذلك قطعاً .

والالتفات الى أن وجوب ذلك حكم شرعي ، فيقف على الدلالة الشرعية ، ولادلالة قاطعة هناعلى وجوب ذلك، ولان الاصل براءة الذمة من الوجوب .

قال رحمه الله : اللقيط يملك كالكبير ـ الى قوله : وفيما يوجد بين يديه أو الى جانبه تردد، أشبهه أنه لايقضى له به . وكذا البحث لوكان على دكة عليها متاع وعدم القضاء له هنا أوضح ، خصوصاً اذا كان هناك يد متصرفة .

أقول: منشؤه: النظر الى أن المقتضي للملك هنا منتف، فيجب القول بانتفائه أما المقدمة الاولى ، فلان المقتضي له ليس الا اليد ، ولاشك في انتفائها هنا ، اذ اليد يدان : يد مشاهدة ويد حكمي ، فيد المشاهدة ماكان متمسكاً به وتمسك بيده ويد الحكمي ما يكون في نيته ومتصرفاً فيه ، وليس هنا شي منها بموجود .

والالتفات الى أن العادة قاضية بأن ما يكون بين يديه أوالى جانبه ، فان يده عليه كالبنيكة بين يدي الطواف والميزاب وغيرهما فان يده عليه . قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : وهذا أقوى[٢].

والبحث فيما هو موضوع على الدكة التي وجد عليها كالبحث فيما وجد بين يديه أو الى جانبه ، وقد سلف .

قال رحمه الله: الخامسة ـ اذا اختلف كافر ومسلم، أو حر وعبد، في دعوى بنوة اللقيط، قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : الى أن الترجيح يحتاج الى شرع ، وهو ، غير موجود هنا

---

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) المبسوط ٣/٣٣٧ .

وهو خيرة الشيخ في الخلاف[1] ومذهب الشافعي ، واحتج الشيخ في الخلاف بعموم الاخبار الواردة في من ادعى النسب ، ولم يخصوا كافراً من مسلم ولا عبداً من حر .

والالتفات الى أن المسلم أشرف من الكافر ، فيكون دعواه أرجح، وكذلك الحر أشرف من العبد ، فيرجح دعواه على دعوى العبد ، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط[2]، وهو مذهب أبي حنيفة ونمنع كون الاشرفية مؤثرة في أولوية الدعوى.

قال رحمه الله : وحكم الدابة حكم البعير، وفي البقرة والحمار تردد، أظهره المساواة ، لان ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير .

أقول : منشؤه: النظر الى أن العلة المقتضية للمنع، وهي قدرته على الامتناع عما يهلكه ، موجودة في هاتين الصورتين ، فلا يجوز أخذهما عملا بالعلية ، وهي خيرة الشيخ في الخلاف ، محتجاً بأن جواز ذلك يحتاج الى دليل ، وبما روي عن النبي عليه السلام أنه قال حين سأله السائل عن الابل والضوال ، فقال : مالك ومالها ومعها حذاؤها وسقاؤها حتى يأتي ربها . يعني خفها وكرشها[3] واختاره المتأخر وهو مذهب الشافعي .

والالتفات الى أن النبي عليه السلام انما ورد في أخذ البعير ، والحاق غيره به مجرد قياس، وهو عندنا باطل ، وبه قال أبوحنيفه ، سلمنا لكن نمنع تحقق العلة المقتضية للمنع من الاخذ في البقرة والحمار، وهو ظاهر، اذ البعير أكثر صبراً على الجوع والعمل وأقوى على الامتناع مما يؤذيه .

قال رحمه الله : والشاة ان وجدت في الفلاة ، أخذها الواجد، لانها لاتمتنع

---

(١) الخلاف ٢/٢٨ .

(٢) المبسوط ٣/٣٤٩ .

(٣) الخلاف ٢/٢٢ مسألة ٢ من كتاب اللقطة .

من صغير السباع، فهي معرضة للتلف، والآخذ بالخيار ان شاء ملكها ويضمن على تردد، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولاضمان عليه ، وان شاء دفعها الى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة براءة الذمة ، ولان الاخبار الدالة على جواز أخذ الشاة خالية من وجوب الضمان ، روى هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يارسول الله اني وجدت شاة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هي لك أو لاخيك أو للذئب [1]. واللام يقتضي الملكية . وفي معناها روايات كثيرة .

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام «على اليد ماأخذت حتى يؤدي»[2] ولان الاصل بقاء الملك، فلايحكم بانتقاله عنه الا لدليل قاطع، وهو غير موجود هنا، وهو اختيار الشيخ ، وأتبعه المتأخر ، وهو قوي .

والاصل يخالف للدليل وقد بيناه ، والاخبار الدالة على الملكية لاينافي ما قلناه، لانا نحكم بملكية الشاة لواجدها، عملا بمقتضى هذه الاخبار ويوجب عليه ضمان قيمتها لمالكها، عملا بظواهر الاخبار الدالة على وجوب ضمان مال الغير مع حصوله في يد آخر .

قال رحمه الله : وفي حكمها كل مالايمتنع من صغار السباع ، كأطفال الابل والبقر والخيل والحمير ، على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى المشاركة في العلة المقتضية لجواز الاخذ ، وهي عدم القوة على الامتناع من صغار السباع، والاشتراك في العلة يقتضي الاشتراك

---

(١) تهذيب الاحكام ٦/٣٩٤ ، ح ٢٤ .

(٢) عوالى اللئالى ١/٢٢٤ و٣٨٩ و٢/٣٤٥ .

في موجبها ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط[1]، وأتبعه المتأخر .

والالتفات الى أن التعدي قياس ، والاصل عصمة مال المسلم، فلايتسلط على أخذه الا لدليل أقوى وليس .

قال رحمه الله : ويصح أخذ الضالة لكل بالغ عاقل ـ الى قوله : وفي العبد تردد ، أشبهه الجواز ، لان له أهلية الحفظ .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة الجواز، ولان للعبد أهلية الاحتفاظ ، وأخذ الضالة نوع احتفاظ ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2] والخلاف[3]، عملا بعموم الاخبار الواردة في هذا الباب ، فمن ضعفها فعليه الدليل .

والالتفات الى أن ذلك نوع تعرض للتملك ، وليس للعبد أهلية التملك ، ويؤيده مارواه أبوخديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة ، فقال : وما للمملوك وما للقطة المملوك لايملك من نفسه شيئاً ، فلا يعرض لها المملوك[4]. واختاره ابن بابوية في من لايحضره الفقيه[5].

قال رحمه الله: وفي جواز التقاط النعلين والاداوة خلاف، أظهره الجواز مع كراهية .

أقول: الاداوة المطهرة ، والجمع الاداوى على مثال المطايا ، قال الراجز:

* اذ الاداوى ماؤها تصبصبا *

وكان قياسة اذا أدائى مثل رسالة ورسائل فتجنبوه وفعلوا به مافعلوا بالمطايا

---

(١) المبسوط ٣/٣٢٠ .

(٢) المبسوط ٣/٣٢٥ .

(٣) الخلاف ٢/٢٣ .

(٤) تهذيب الاحكام ٦/٣٩٧ ، ح ٣٧ .

(٥) من لايحضره الفقيه ٣/٢٩٤ .

والخطايا ، فجعلوا فعائل فعالى[١].

قال رحمه الله : اذا التقط العبد ولم يعلم المولى ، فعوف حولا ثم أتلفها ، تعلق الضمان برقبته ، يتبع بذلك اذا أعتق ، كالقرض الفاسد ، ولو علم المولى قبل التعريف ولم ينتزعها منه ، ضمن لتفريطه بالاهمال ، اذ لم يكن أميناً ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السيد هنا مفرط، فيلزمه الضمان . أماالصغرى فلان السيدكان قادراً على انتزاعها من يده ، فاهماله تفريط ظاهر ،كما لووجدها وسلمها الى فاسق . وأما الكبرى فاجماعية ، وهو اختيار الشيخ فيالمبسوط[٢].

والالتفات الى أن العبد هنا مباشر للاتلاف ، فيتعلق الضمان برقبته ، كالدين الذي يلزمه بغير اذن مولاه ، وأروش الجنايات التي يجنيها .

قال رحمه الله : لاتدفع اللقطة الا بالبينة ، ولايكفي الوصف . ولووصف صفات لا يطلع عليها الا المالك غالباً ، مثل أن يصف وكاءها ومقاصها ونقدها ووزنها .

أقول : الوكاء : الخيط الذي يشد به رأس الخريطة . والعقاص : الجلدة التي فوق ضمامة القارورة .كذا ذكر المتأخر .

---

(١) صحاح اللغة ٦/٢٢٦٦ .

(٢) المبسوط ٣/٣٢٥ .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب الفرائض)

قال رحمه الله في موانـع الارث : ولو كان للقاتل وارث كافر منعا جميعاً ، وكانالميراث للامام . ولوأسلم الكافر ،كان الميراث له والمطالبة اليه ، وفيه قول آخـر .

أقول : أشار بالقول الاخر الى التفصيل الذي ذكره في مسألة أنه لولميكن للميت المسلم وارث مسلم سوى الامام، ثم أسلم الوارث الكافر ، فميراثه له لانه أولى من الامام مطلقاً ، أو الامام أولىمطلقاً ، أو الامام أولى بعد نقل التركة الى بيت ماله ، أما قبله فلا .

قال رحمه الله: مسألتان ـ الاولى: يفك الابوان للارث اجماعاً ، وفيالاولاد تردد ، أظهره أنهم يفكون .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الفك ورد على خلاف مقتضى الدليل ، لما فيه من اجبار المالك علىأخذ القيمة عن ملكه، ترك العمل به في صورة وجوب فك الاب ، للاجماع فيبقى معمولا به فيما عداه ، وهو غيرة سلار .

ومنالالتفات اليالاخبار الدالة علىوجوب فك الاولاد، وهيكثيرة صحيحة

فيعمل بها ، وهو اختيار أكثر الاصحاب وادعى المتأخر الاجماع عليه .

قال رحمه الله في الحجب : وأما حجب الاخوة ـ الىقوله : وهل يحجب القاتل ؟ فيه تردد ، والظاهر أنه لايحجب .

أقول : منشؤه : النظرالىعمومقوله تعالى « فانكان له اخوة فلامهالسدس»[1] وعموم روايات الحجب [ترك العمل بها في عدم الحجب][2] بالكافر والرق ، لروايتي محمد بن مسلم والفضل عن أبي عبدالله عليه السلام قالا : سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن المملوك والمشرك يحجبان اذا لم يرثا ؟ قال : لا[3]. فيبقى معمولا بهما فيما عداهما .

وهوظاهر كلام الشيخ المفيد قدسالله روحه وابنيبابوية ، حيث قالوا : انما يحجب الاخوة للاب ، لانهم عياله وعليه نفقتهم ، وهذه العلة مروية ، فعلى هذا القاتل يحجب ، لان نفقته غير ساقطة .

قال صاحب كشف الرموز : بخلاف الكافر والمملوك .

وأقول : أماقوله « بخلاف المملوك » فجيد،لاننفقته ساقطة عن أبيه لوجوبها علىمولاه . وأماقوله « بخلافالكافر » فغلط ، اذ الكفرغيرمسقط للنفقة ، بليجيء على ظاهر هذا القول أن الكافر يحجب أيضاً .

والالتفات الى أن الاصل عدم الحجب ، فلا يصار اليه الا لدليل ناقل ، ولان القاتلممنوع من الميراث ، فلا يحجب كالكافر والعبد ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله والمتأخر ، حتى أن الشيخ ادعى عليه الاجماع في الخلاف[4].

---

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) ما بين المعقوفتين من « س » .

(٣) من لايحضره الفقيه ٣٤١/٤ .

(٤) الخلاف ٣٩/٢ .

والقول الاول أقوى عندي ، والاصل يخالف للدليل وقد بيناه .

وأما الثاني فمجرد قياس، وهو عندنا باطل ، وادعاء الشيخ الاجماع فيه نظر، اذ هو غير متحقق مع وجود الخلاف من أكابر علمائنا .

قال رحمه الله : وفي اشتراط وجودهم منفصلين لا حملا تردد ، أظهره أنه شرط .

أقول: منشؤه : النظر الى أن العلة المقتضية لحجب الام عما زاد على السدس، وهي وجوب نفقة الاخوة الذين هم أولاد الاب عليه وكونهم عياله منتفية هنا ، اذ لا نفقة للحمل ، فينتفي الحجب عملا بالعلية ، وهو اختيار أكثر الاصحاب .

والالتفات الى عموم آية الحجب .

قال رحمه الله : وأما المقاصد فثلاثة : الاول ـ في ميراث الانساب ـ الى قوله : ولو انفرد أولاد الابن وأولاد البنت ،كان لاولاد الابن الثلثان ، ولاولاد البنت الثلث على الاظهر .

أقول : اعلم أن هذه المسألة مبنية على أن ولد الولد هل هو ولد حقيقة أو مجازاً ، فان قلنا بالاول ـ كما هو مذهب السيد المرتضى قدس الله روحه وابن أبي عقيل وغيرهما واختاره المتأخر ، أعطيناه نصيب الذكر ان كان ذكراً ، وان كان ابن بنت الميت دون نصيب أبيه .

وان قلنا بالثاني ـ كما هو مذهب الشيخين وابن بابوية وأبي الصلاح وأتباعهم وهو الاقوى ـ كان لكل ولد نصيب من يتقرب به ، فيعطى ولد الابن ثلثي التركة ، ذكوراً كانوا أو أناثاً ، أو ذكوراً وأناثاً ، يقتسمونه بينهم للذكر ضعف حظ الانثى، واحداً كان أو أكثر ، ويعطى ولد البنت ثلث التركة ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، وعلى كل حال ، لان كل رحم بمنزلة الرحم الذي يمت به .

فائدة :

هل يقسم نصيب أولاد البنت اذاكانوا ذكوراً وأناثاً بينهم بالسوية ، أو للذكر مثل حظ الانثيين ؟ ذهب في المبسوط[١] الى الاول . قال المصنف رحمه الله في النكت : ولم يذكر مستنده فأحكيه ، وذهب في النهاية[٢] وباقي كتبه الى الثاني ، وهو الحق .

لنا ــ قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين »[٣] وولد البنت ولد ، للنقل والاستعمال .

قال رحمه الله : المقصد الثالث في الميراث بالولاء ، ومع عدم الابوين والولد يرثه الاخوة ، وهل ترث الاخوات ؟ على تردد ، أظهره نعم ، لان الولاء لحمة كلحمة النسب .

أقول: اعلم أن هذا الفرع مبني على أن الولاء هل ترثه الذكور والاناث ممن يرث تركة المنعم ، أو يختص به الذكور دون الاناث .

فان قلنا بالاول ــ كما هو مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[٤] والخلاف[٥] ــ ورثه الاخوات هنا ، وبه أفتى الشيخ رحمه الله في المبسوط .

وان قلنا بالثاني ــ كما هو مذهب الشيخ المفيد قدس الله روحه ــ لم ترثه الاخوات . ولما كان القول الاول عندنا أقوى ، لاجرم كان توريثهم قوياً أيضاً .

قال رحمه الله : الثامنة ــ اذا أولد العبد من معتقه ابناً ، فولاء الابن لمعتق

---

(١) المبسوط ٤/٧٦ .

(٢) النهاية ص٦٣١ .

(٣) سورة النساء : ١١ .

(٤) المبسوط ٤/١٠٨ .

(٥) الخلاف ٢/٦٤ .

أمه ، فلو اشترى الابن عبداً ، فأعتقه كان ولاؤه له ،

ولو اشترى معتقه أب المنعم ، فأعتقه انجر الولاء من مولى الام الى مولى الاب، وكان كل واحد منهما مولى الاخر. فان مات الابن ، فميراثه لابنه. فان مات الابن ولا مناسب له ، فولاؤه لمعتق أبيه . وان مات المعتق ولا مناسب له ، فولاؤه للابن الذي باشر عتقه . ولو ماتا ولم يكن لهما مناسب ، قال الشيخ رحمه الله يرجع الى مولى الام ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه: النظر الى أن الحكم يعود الولاء الى مولى الام ، بعد الاتفاق على انتقاله عنه الى مولى الاب الذي هو المعتق ، يفتقر الى دليل وهو مفقود هنا اذليس الاالنص ولاشك في انتفائه، فيكون مالهما الامام، لانه وارث من لاوارث له.

والالتفات الى أن الاصل قاض ببقاء ولاء مولى الام ، ترك العمل به في بعض الصور ، لوجود الدليل الدال على الانتقال ، فيبقى معمولا به فيما عداه ، وهو اختيار الشيخ رحمه الله في المبسوط .

قال : ومن هذا قول الفرضيين انه انتقل الولاء ، وقولهم ينجز الولاء من الام الى الاب ، لايريدون به أنه زال ملكه ، لكن يريدون به أن هذا عصبة ، ومولى الام مولى فعصبة المولى أولى من المولى[1].

قال رحمه الله في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم : وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق مما يحصل معه الاشتباه تردد ، وكلام الشيخ في النهاية يؤذن بطرده مع أسباب الاشتباه .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الاصل عدم التوارث ، فلا يصار اليه الا الدليل وهو غير موجود هنا ، وهو اختيار ابن بابوية ، اقتصاراً بمورد النص .

والالتفات الى أن العلة المقتضية لثبوت هذا الحكم وهو الاشتباه موجود هنا

(١) المبسوط ١٠٧/٤ .

فيحكم بوجوده عملا بالعلية ، وهو اختيار الشيخين وأبي الصلاح والمتأخر .

قال رحمه الله : اذا ثبت هذا فمع حصول الشرائط يورث بعضهم من بعض ولا يورث الثاني مماورث منه . وقال المفيد رحمه الله : يرث مما ورث منه ، والاول أصح لانه انما يفرض الممكن والتوريث مماورث يستدعي الحياة بعد فرض الموت وهو غير ممكن عادة، ولماروي أنه لو كان لاحدهما مال صار المال كمن لامال له.

أقول : اعلم أن صاحب كشف الرموز قدح في هذا الدليل الاول ، بانه غير وارد ، اذ فرض الشيء لاينافي الامكان بالعادة ، ثم قال : نعم يرد عليه أن الارث لا يكون الا في تركة الميت ، وما ورثه غير ما خلفه ، فلا ارث فيه ، وأن القول بالتوريث مما ورث منه يستلزم الحكم في منع بعض الورثة ، وتخصيص الاخر بمال كثير بغير سبب شرعي في صورة أخرى بتساوي الاستحقاق بالنسب مختلفي الورثة لو ترك أحدهما ألف دينار والاخر ديناراً واحداً ، والاتفاق هنا قائم على جواز التقديم،فأيهم تقدم يكون ورثة الاخر ممنوعين، وهذا ممنوع قضية بديهية.

ويرد عليه أيضاً ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام في قول أهل البيت قال : يورث هؤلاء من هؤلاء ، أو هؤلاء من هؤلاء ولا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً .

ثم اعترض الاول ما يفرض أن ماورثه من جملة تركته ، فيورث عنه الثاني بأن كونه ممنوعاً في صورة غير مستلزم لكل الصور. واعترض الرواية بأنها مرسلة فلا يعمل بها .

ثم أجاب عن الاول، بأن فرض الشيء لايفيد وقوعه في جميع الصور، فهو ممنوع ، وان أراد أنه لايفيد في بعض الصور ، فهو مسلم أيضاً ، لكنه واقع هنا اذ البحث انما وقع فيه . وعن الثاني بأنه لا قائل بالفصل ، وعن الرواية بأنها منجبرة بعمل أكثر الاصحاب وبما قلناه .

واحتج المتأخر رحمه الله على أن الثاني مما ورث منه بوجهين :

الاول : أن الارث لايكون الا مما يملكه الميت قبل موته ، وهذا المعنى غير متحقق هنا فلا ارث ، وهذا الدليل قريب مما استدل به المصنف .

الثاني : لو أنا ورثناه مماورثه منه ، أبطلت[1] القسمة أبداً .

قال رحمه الله:وفي وجوب تقديم الاضعف في التوريث تردد،قال في الايجاز: لايجب . وفي المبسوط: لايتعين به حكم غير انا نتبع الاثر في ذلك. وعلى قول المفيد رحمه الله تظهر فائدة التقديم . وما ذكره في الايجاز أشبه بالصواب ، ولو ثبت الوجوب كان تعبداً .

أقول : منشؤه : النظر الى أصالة عدم الوجوب ، ولان تقديم الاضعف في الارث كالزوجة مثلا غير مشتمل على فائدة ، فيكون وجوبه عبثاً ، وهو قبيح .

أما الصغرى ، فلان التوريث حاصل من الطرفين ، والتقديم لايقتضي زيادة سهم المقدم عن فرضه ، فحينئذ لافائدة في وجوب هذا التقديم .

وأما الكبرى فظاهرة ، اذ الاشياء تابعة للمصالح عندنا .

واعلم أن هذا الدليل انما يتمشى على قول من لا يورث الثاني مما ورث منه أما على قول من يورثه مما ورث منه ، فالفائدة ظاهرة ، وهي اختصاص الثاني بأخذ نصيبه من تركة الاول ومما ورث منه .

والالتفات الى أن الروايات دالة على وجوب التقديم ، فيجب اتباعها دفعاً للضررالمظنون الحاصل من مخالفيها،وهو خيرة الشيخ فيالمبسوط[2]،واستحسنه المتأخر .

وانما كان الاشبة بالصواب ماذكره في الايجاز[3]، وهو استحباب التقديم

---

(١) فى «م» : اتصلت .

(٢) المبسوط ٤ / ١١٩ .

(٣) الايجاز فى الفرائض ص ٢٧٦ .

لما فيه من الجمع بين العمل بالروايات ، والتخلص مما ذكرناه في الدليل الدال على عدم الوجوب .

وانما كان الوجوب بعيداً لوجوه : أما أولا ، فلما فيه من الاصل . وأما ثانياً فلاستلزام العبث . وأما ثالثاً ، فلان العامل به قليل جداً .

فصل

(في ذكر الترددات المذكورة في كتاب القضاء)

قال رحمه الله : وهل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد ـ الى قوله : مع خلوه في أول أمره من الكتابة .

أقول:قد بين المصنف رحمه الله منشأ التردد في المتن،لكن قوله « مع خلوه في أول أمره من الكتابة » يدل على أنه عليه‌السلام كان عالماً بالكتابة بعد البعثة ، وهذا شيء قد اختلف فيه ، فذهب الشيخ رحمه الله الى أن النبي عليه‌السلام انما كان أمياً قبل البعثة أما بعدها فلا ، واختاره المتأخر وأتباعه .

وذهب قوم الى أنه عليه‌السلام كان أمياً قبل البعثة وبعدها ، عملا بقوله تعالى «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولاتخطه بيمينك اذاً لارتاب المبطلون»[1] ومعناه: ان المبطل يرتاب لو كان النبي عليه‌السلام عارفاً بالكتابة ، ولو كان عالماً بها بعد البعثة لبطل هذا المعنى .

وفيه نظر ، لان الريبة من المبطل انما يتحقق لو كان النبي عليه‌السلام عارفاً بالكتابة قبل البعثة ، أما مع تجدد علمه بها بعدها فلا .

---

(١) سورة العنكبوت : ٤٨ .

قال رحمه الله : وفي انعقاد قضاء الاعمى تردد ، أظهره أنه لاينعقد ، لافتقاره الى التمييز بين الخصوم ، وتعذر ذلك مع العمى الا فيما يقل .

أقول : منشؤه : النظر الى قضاء الاصل بالجواز .

والالتفات الى ما ذكره المصنف من الاستدلال ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١]، محتجاً بعين هذا الدليل .

وأما اشتراط الحرية،ففيه تردد من حيث العمل بالاصل، ويؤيده قول الصادق عليه‌السلام: من روى أحاديثنا وعرف أحكامنا فاجعلوه قاضياً[٢]. ولفظة «من»تتناول الحر والعبد ، وهو الاقوى عند المصنف . ومن حيث أن القضاء منصب جليل ومرتبة عالية، والعبدليس أهلا لهما ، وهو خيرته في المبسوط[٣]، ونمنع المقدمة الثانية .

قال رحمه الله: اذاوجد اثنان متفاوتان[٤] في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما، فان قلد الافضل جاز، وهل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز ، لان خطأه ينجبر بنظر الامام .

أقول: منشؤه : النظر الى أن تقليد المفضول قبيح عقلا، فلا يجوز اعتماده. أما المقدمة الاولى، فلمافيه من تقديم المفضول على الفاضل . وأما الثانية، فلقوله عليه السلام « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[٥].

والالتفات الى أن القضاء نيابة،فيتبع اختيار المنوب عنه،ولان خلل المفضول

---

(١) المبسوط ٨/١٠١.

(٢) تهذيب الاحكام ٦/٣٠٢.

(٣) المبسوط ٨/١٠١.

(٤) فى النسختين : متساويان .

(٥) عوالى اللئالى ١/٣٨١ .

ينجبر بنظر الامام عليه السلام .

قال رحمه الله : المقصد الثاني في مسائل متعلقة بالدعوى ، وهي خمس :
الاولى ـ قال الشيخ : لايسمع الدعوى اذا كانت مجهولة ، مثل أن يدعي ثوباً أو فرساً ، ويقبل الاقرار بالمجهول ويلزم تفسيره ، وفي الاول اشكال .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الدعوى لها جواب ، فربما كان بنعم فلا يمكن الحاكم أن يقتضي به عليه ، لانه مجهول ، وليس كذلك الاقرار بالمجهول .

أما أولا ، فلان الدعوى حق المدعي، والاقرار حق على المقر ، وما كان عليه فهو أغلظ مما كان حقاً له ، فلهذا سمعنا المجهول في الثاني ولم يسمع الا المعلوم في الاول ،

وأما ثانياً ، فلانا لولم نقبل الاقرار المجهول لامكن أن يرجع عن اقراره فلهذا سمعنا مجهوله كما يسمع معلومه ، وليس كذلك الدعوى، لانا اذا لم نسمعها أمكن أن يدعى دعوى معلومة ، ولان هناك داع بدعوة الى دعواه فافترقا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١]، محتجاً بعين هذا الدليل وأتبعه المتأخر محتجاً به أيضاً ، وهو قوي .

والالتفات الى أن الدعوى المجهولة دعوى جازمة، فلا يسقط، ولان الدعوى المجهولة يصدق على صاحبها أنه مدع وعلى المنسوبة اليه أنه مدعى عليه، فيكون مسموعة ، عملا بقوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[٢].

---

(١) المبسوط ١٥٦/٨ .

(٢) عوالى اللئالى ٢٤٤/١ و٤٥٣ و٢٥٨/٢ و٣٤٥ .

أقول : هنا بياض بقدر ثلاث صفحات فى نسخة « م » وبقدر صفحتين فى نسخة « س » وقال فى هامش نسخة « س »: هكذا وجد بياضاً من قوله « من أنكر » الى قوله « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » فى نسخة بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه الله .

أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك ، ثم أجاز أخذ الوديعة يحق له بعد ترك الخبر ، وهو خيرة الشيخ في الخلاف[1]، محتجاً بعين هذا الدليل .

والالتفات الى عموم الاخبار الدالة على جواز الاقتصاص من غير فرق بين الوديعة وغيرها ، وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[2]، واختاره المتأخر .

قال رحمه الله في المقصد الاول، في الاختلاف في دعوى الاملاك ـ الى قوله: وفي الثاني يقضي بها للخارج دون المتشبث، ان شهدتا لهما بالملك المطلق، وفيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد .

أقول: أشار بذلك الى ما ذكره الشيخ في الخلاف من أن البينة بينة المتشبث فيقضى له بها دون الخارج، واستدلاله بخبر جابر أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله في دابة أو بعير، فأقام كل واحد منهما البينة أنها له نتجها فقضى رسول الله ﷺ للذي هي في يده .

وفي معناه خبر غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام عن علي عليه السلام ، الا أنه زاد عليه السلام بأن قال : لو لم تكن في يده جعلها بينهما نصفين[3].

غير مفيد لمدعاه ، فان الخبر يرد الان على أن البينة بينة ذي اليد اذا شهدتا لهما بالسبب لامطلقا فاعرفه ، على أن الشيخ رحمه الله قال في هذه المسألة أيضاً بعد أن نقل عن أبي حنيفة وأصحابه : ان التداعي ان كان ملكاً مطلقاً لا يتكرر سببه سمعنا بينة الداخل ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، وقد ذكرناه في النهاية والمبسوط وفي كتابي الاخبار[4]. وظاهر هذا الرجوع عما صدره في أول المسألة .

قال رحمه الله : الخامسة ـ لوا دعى داراً في يد انسان وأقام بينة أنها كانت

---

(١) الخلاف ٦٤٦/٢ .

(٢) المبسوط ٣١١/٨ .

(٣) الخلاف ٦٣٦/٢ ، مسألة ٢ من كتاب الدعاوى .

(٤) الخلاف ٦٣٥/٢ .

في يده أمس أو منذ شهر ، قيل : لايسمع هذه البينة . وكذا لو شهدت له بالملك أمس، لان ظاهر اليد الان الملك، فلا يدفع، بالمحتمل، وفيه اشكال ولعل الاقرب القبول .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في الخلاف ، محتجاً بأن المدعي يدعي الملك في الحال والبينة يشهد له بالامس فقد شهدت له بغير مايدعيه فلم يقبل. ثم قال : فان قالوا : انها شهدت له بالملك أمس ، والملك مستدام الى أن يعلم زواله قلنا : لانسلم أن الملك يثبت بها حتى يكون مستداماً ، على أن زوال الاول موجود فلا يزال الثابت بأمر محتمل[1]. وهو أحد قولي الشافعي .

واعلم أن هذا البحث يبنى على مسألة يجب تحقيقها وبها يتضح وجه الاشكال وهي أن الشهادة بقديم الملك هل هي أولى من الشهادة لحديثه أم لا ؟.

فنقول: اختلف قول[2] الشيخ رحمه الله في هذه المسألة، فذهب في الخلاف[3] الى أن الملك المتنازع فيه ان كان في يد من شهدت له البينة بقديم الملك قضي له به، لان معه حجتين: بينة قديمة ويد. وان كان في يد من شهدت بحديث الملك فصاحب اليد أولى ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وذهب في المبسوط الى أن الشهادة بقديم الملك أولى مطلقاً ، سواء حصل معها يد أو لم يحصل ، قال : وهو الذي يدل عليه أخبارنا ، لان البينة أقوى من اليد ، وكذلك مارجح بالبينة أقوى مما رجح باليد ، ولان صاحب اليد مدعى عليه والمدعي من له البينة بقديم الملك ، فكان أولى للخبر[4].

---

(١) الخلاف ٢/٦٣٩ .

(٢) في « م » : قولا .

(٣) الخلاف ٢/٦٤١ .

(٤) المبسوط ٨/٢٨٠ .

وما ذكره في المبسوط أقوى، فعلى هذا يسمع البينة في المسألة التي ذكرها المصنف ، لان البينة يشهد له بقديم الملك وبينة الاخرى بحديثه .

قال رحمه الله في المقصد الثاني ، في الاختلاف في العقود : اذا اتفقا على استئجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في الاجرة ، وأقام كل واحد منهما بينة بما قدره، فان تقدم تاريخ أحدهما عمل به، لان الثاني يكون باطلا. وان كان التاريخ واحداً ، تحقق التعارض ، اذ لايمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين وحينئذ يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، هذا اختيار شيخنا في المبسوط .

وقال آخر : يقضى بينة المؤخر ، لان القول قول المستأجر لو لم يكن بينة اذ هو يخالف على ما في ذمة المستأجر، فيكون القول قوله.ومن كان القول قوله مع عدم البينة كانت البينة في طرف المدعي ، وحينئذ نقول : هو مدع زيادة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن يثبت ، وفي القولين تردد .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط[1]،كما ذكره المصنف. والقول الثاني لبعض الجمهور ، وحكاه الشيخ في المبسوط .

وتردد المصنف في القولين معاً ، ومنشأ تردده : النظر الى أن قول الشيخ ضعيف ، فلا يعتمد عليه . أما أولا، فلان الشيخ حكم بالقرعة مع تحقق التعارض ولم يعتبر أسباب الترجيح من أرجحية العدالة وأكثرية العدد . وأما ثانياً، فلان القرعة وردت على خلاف مقتضى الاصل ، فيقتصر بها على موردها .

والقول الثاني الذي حكاه الشيخ رحمه الله عن بعض الجمهور ضعيف أيضاً. أما أولا ، فلان كل واحد منها مدع ، فتخصيص أحدهما بسماع بينته دون الاخر ترجيح من غير مرجح ، وهو باطل . وأما ثانياً ، فلان القضاء ببينة الموجر انما

(١) المبسوط ٨/ ٢٨١ .

يسوغ اذا لم يتحقق التعارض بين الشيئين ، لكن التعارض هنا متحقق ، فيبطل القول بتقديم بينة المؤخر .

أما تحقق التعارض ، فلانه اذا كان التاريخ واحداً ، استحال وقوع عقدين متغايرين . وان كان العقد الذي ادعاه الموجر أقدم من تاريخ العقد الذي ادعاه المستأجر ، كان الاول صحيحاً والثاني باطلا ، اذ الاجارة عقد لازم ، فمع تحققه يمتنع فسخه . وان كان تاريخ عقد المستأجر هو الاقدم كان صحيحاً ، وكان عقد الموجر باطلا ، ولا اشكال في القسمين الاخرين ، اذ لانزاع فيهما ولاتعارض . وانما النزاع في القسم الاول ، وقد بينا تحقق التعارض فيه .

وأماأنالقضاء ببينةالموجرمشروط بعدمتحقق التعارض بين البينتينفلوجهين: الاول اتفاق الفقهاء علىأنمعالتعارض يجب الترجيح،ومع انتفائه يحكم بالقرعة وأن الحكم بتقديم بينة الموجر مستلزم للمحال فيكون محالا. أما المقدمة الاولى فلاستلزامه الترجيح من غير مرجح ، ولا شك في استحالته . وأما المقدمة الثانية فظاهرة .

واذ قد بان ضعف هذين القولين وجب اطراحهما والرجوع الى غيرهما ، ومما ذاك[1]الاجود أنه الحكم بالقرعة مع انتفاء أسباب الترجيح، وبعض القائلين بالتعارض حكم بالتهاتر مع تساوي البينتين ، وحينئذ الاليق به القول بالتحالف فيبطل عقد الاجارة وتجب أجرة المثل مع انقضاء المدة أو بعضها .

ومنهم من قال يوقف ، ومنهم من قال يقسم ، والوقف غير ممكن ، اذ فيه تفويت المنافع ، والقسمة غير ممكنة أما أولا ، فلان القعد لاينقسم . وأما ثانياً ، فلان الزيادة يدعيها أحدهما وينفيها الاخر ولايثبتها لنفسه، فلم يبق الا القرعة، وهو مذهب الغزالي . وانما طولنا الكلام فيهما لانها مهمة .

(١) كذا في النسختين مع علامة الاستفهام فيهما .

قال رحمه الله : ولو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينة وأقبض الثمن ـ الى قوله : ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما ، ويرجع كل منهما بنصف الثمن وهل لهما أن يفسخا ؟ الاقرب نعم ، لتبعض المبيع قبل قبضه . ولو فسخ أحدهما كان للاخر أخذ الجميع لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك تردد ، أقربه اللزوم .

أقول: منشؤه : النظر الى أن المقتضي اللزوم موجود ، والمعارض لايصلح للمعارضة ، فيجب القول باللزوم . أما المقتضي ، فهو وجود عقد البيع الصادر عن أهله ، ولاشك في الحكم بثبوته هنا .

وأما انتفاء المعارض ، فلان المعارض المذكور ليس الا تبعض الصفقة المقتضي للفسخ لدفع ضرر الشركة ، وهو منتف هنا، اذ التقدير أن أحدهما قد فسخ، فانتفى التبعيض فينتفي معلوله ، وهو خيار الفسخ ، ولعله الاقوى .

واعلم أن الشيخ رحمه‌الله فصل تفصيلا، وهو أن الفسخ ان وقع من أحدهما قبل أن يختار الاخر امساك النصف ، توفر الكل عليه ، اذ لامزاحم حينئذ . وان وقع بعدالاختيار لم‌يكن له أخذ النصف الاخر، لان الحاكم قد قضى‌له بالنصف الذي أمسكه دون الاخر ، فعوده يحتاج الى دليل .

والالتفات الى أن الخيار ثبت له أولا قبل فسخ المشتري الاخر فكذا بعده ، عملا بالاستصحاب، ولانه لوتوقف ثبوت الفسخ لاحدهما على ثبوته للاخر، فان انعكس دار، والا لزم الترجيح من غيرمرجح ، وهو ظاهر كلام الشيخ وصاحب الوجيز .

وهذان الدليلان ضعيفان، أما الاول فلان خيار ثبت لمعنى، وقد انتفى‌فينتفي بانتفائه ، عملا بالعلية . وأما الثاني فلجواز التلازم كالمضافين والعلة والمعلول المتساوي .

قال رحمه الله في كتاب الشهادات: الثانية ـ لاتقبل شهادة القاذف، ولوتاب

قبلت . وحدالتوبة أن يكذب نفسه وان كان صادقاً ويوري باطناً ، وقيل : يكذبها ان كان كاذباً ، ويخطئها في الملأ ان كان صادقاً ، والاول مروي .

وفي اشتراط اصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد، والاقرب الاكتفاء بالاستمرار لان بقاءه على التوبة اصلاح ولوساعة .

أقول : لاخلاف في وجوب القبول مع التوبة ، وانما نشأ الخلاف في حدها فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] والخلاف[2] الى الاول، وبه روايات عن أهل البيت عليهم السلام ، وهو اختيار الاصطخري ، وذهب المتأخر الى الثاني .

وقواه الشيخ رحمه الله في الكتابين أخيراً ، قال : لانه اذا أكذب نفسه ربما كان صادقاً في الاول فيما بينه وبين الله تعالى، فيكون هذا الاكذاب كذباً ، وذلك قبيح ، وهذا مذهب أبي اسحاق المروزي .

واعلم أن المتأخر أورد مع ضد القول في كتابه ، فتوهم صاحب كشف الرموز أنه قال من عنده. وأما اصلاح العمل، وهو أن يعمل طاعة بعد التوبة ، ففي اعتباره خلاف ، فذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف الى اعتباره ، نظراً الى قوله تعالى« الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا »[3] فاعتبر تعالى التوبة وصلاح العمل .

وذهب الشافعي في أحد قوليه الى أنه غير معتبر، التفاتاً الى أن البقاء على التوبة ولوساعة طاعة واصلاح، فلايعتبر في غيرذلك ، لاصالة البراءة، والمصنف تردد فيه ، ومنشأ تردده من النظر الى الوجهين .

---

(١) المبسوط ١٧٦/٨ .

(٢) الخلاف ٦١٠/٢ - ٦١١ .

(٣) سورة البقرة : ١٦٠ .

تذنيب :

القائلون باشتراط الاصلاح اختلفوا ، فذهب الشافعي في أحد قوليه الى أنه معتبر سنة ، واختارة الشيخ في المبسوط[١]، وذهب في الخلاف[٢] الى أن ذلك غير معتبر، بل الطاعة الواحدة كافية في قبول الشهادة ، وهو ظاهر كلام المتأخر .

قال رحمه الله : لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرم ، ترد به الشهادة ، وفي المتكأ عليه والافتراش له تردد ، والجواز مروي .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم النهي عن استعمال الحرير ، ولان العلة المقتضية لتحريم لبسه موجودة في التكاءة عليه والافتراش له ، فيثبت التحريم عملا بالمقتضي .

والالتفات الى أصالة الجواز ، ترك العمل بها في تحريم الملبوس ، للنص والاجماع، فيبقى معمولا بها فيما عداه ، ولان الجواز مروي عن أهل البيت عليهم السلام.

قال رحمه الله: قيل : لاتقبل شهادة المملوك أصلا ـ الى قوله : أما المكاتب المطلق اذا أدى من مكاتبته شيئاً ، قال في النهاية : تقبل على مولاه بقدرما تحرر منه ، وفيه تردد ، أقربه المنع .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المكاتب المطلق عبد ، فلاتقبل شهادته على مولاه ، عملا بظاهر الاخبار الدالة على المنع من ذلك، وهو ظاهر كلام المتأخر.

والالتفات الى أن الحرية التي فيه تقتضي ثبوت المزية له على غيره من العبيد وليس الا قبول شهادته على مولاه بقدر ماتحرر منه ، وهو اختيار الشيخ في النهاية[٣]، وهذا الدليل اقناعي .

---

(١) المبسوط ١٧٧/٨ .
(٢) الخلاف ٦١١/٢ .
(٣) النهاية ص ٣٣١ .

قال رحمه الله : التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة ، فيمنع القبول . أما في حقوق الله ، أو الشهادة للمصالح العامة فلا يمنع ، اذ لامدعي لها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن التهمة المانعة من قبول الشهادة موجودة في الصورتين ، فيمنع القبول عملا بالعلية ، وهو خيرة الشيخ في النهاية[١]، حكاه عنه صاحب كشف الرموز .

والالتفات الى أن حقوق الله تعالى لامدعي لها، فيجوز التبرع بالشهادة فيها قبل السؤال ، لانتفاء التهمة هنا ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٢]،على ماحكاه كشف الرموز ، وهو حسن حذراً من سقوط حدود الله الا نادراً .

قال رحمه الله في الطرف الثاني فيما يصير به الشاهد شاهداً : وما يكفي فيه السماع، فالنسب والموت والملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهدة في الاغلب ويتحقق كل واحد من هذه بتوالي الاخبار من جماعة ، لابضمهم قيد المواعدة ، أو يستفيض ذلك حتى يتآخم العلم ، وفي هذا عندي تردد .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم النهي عن اتباع الظن، ولاشك ان الاستفاضة ظن ، فيكون منهياً عن اتباعها ، وهو يقتضي عدم الاجتزاء بها .

لايقال : ينتقض ذلك ، فان طرق أكثر أحكام الشريعة ظنية .

لانانقول : الواجب العمل بالعموم حتى يظهر دليل الخصوص ، ولم يوجد هنا دليل دال على وجوب اتباع هذا النوع من الظن بخلاف ماذكرتموه .

والالتفات الى أنه قول أكثر علمائنا فيكون راجحاً، فيجب اتباعه . أماالاولى فلان الكثرة امارة الرجحان . وأما الثانية ، فلقضاء العقل بوجوب اتباع الراجح

---

(١) النهاية ص ٣٣٠ .

(٢) المبسوط ١٨٦/٨ .

وبقوله عليه السلام « دع مايريبك الى مالايريبك »[1] ولان الاقتصار على ما ذكره المصنف مشقة عظيمة وحرجاً ظاهراً ، فيكون منفياً عملا بالاية والرواية ، وهواختيار الشيخ في المبسوط[2].

قال رحمه الله : أما شهادته على المقبوض فماضية قطعاً .

أقول : أشار بذلك الى ماذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط[3] من القطع بجواز شهادته ، وذلك في صورتين :

الاولى: اذا كانت يده في يد رجل وهو بصير، فعمي ويده في يده وهو عارف باسمه ونسبه ، صح أن يحتمل الشهادة عليه وهو أعمى .

الثانية : شهادة المضبوط ، وهو أن يمسك برأس رجل ويقرب فاه الى أذنه فيقر بحق ، فلا يفارقه حتى يأتي به الحاكم ، فيقول: هذا أقر لفلان بكذا وكذا.

قال رحمه الله في الطرف الثالث في أقسام الحقوق: وأما حقوق الادمي فثلاثة ـ الى قوله: وفي العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

أقول : قد سبق مايضاهي هذا البحث في الحكم بالشاهد واليمين مستوفى ، فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله في الطرف الرابع في الشهادة على الشهادة: وللتحمل مراتب ـ الى قوله: ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا ويذكر السبب ، مثل أن يقول : من ثمن ثوب أو عقار ، اذ هي صورة جزم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الى قبول الشهادة على الشهادة على خلاف مقتضى

---

(1) عوالي اللئالي ١/٣٩٤ و٣/٣٣٠ .

(2) المبسوط ٨/١٨٠ .

(3) المبسوط ٨/١٨٤ .

الاصالة ، ترك العمل بها في الصورتين: صورة الاسترعاءِ ، وصورة سماعه، يشهد بذلك عند الحاكم ، للاجماع فيبقى معمولا بهما فيما عداهما .

والالتفات الى أن الاصل قاص بجوازه ، ولان العلة المقتضية لقبول الشهادة على الشهادة ــ وهي تعذر اثبات الحقوق لولا شرع ذلك ــ موجودة هنا ، ولان حضور شاهد الاصل عند الحاكم لاداء الشهادة مما يقل غالباً ، فلو كان القبول مشروطاً به لزم الحرج والمشقة المنفيين بالاية والرواية . وكذا لو كان مشروطاً بالاسترعاءِ ، لانه مما يقل أيضاً الا نادراً ، فمست الحاجة الى شرع مرتبة ثالثة للتحمل،وليست الا هذه،اذهيصورة جزمبثبوت الحق للمشهود عليه،وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1].

واعلمأن المتأخر ذكر أن مراتب التحمل هي هذه الثلاث فيكتابه كما ذكر الشيخ في المبسوط ، الا أنه قال بعد ذلك : وهذا جميعه أورده شيخنا في مبسوطه وأوردناه على ما أورده ، ولم يرد في أخبارنا من هذا شيء.وهذا الكلام يدل على تردده فيه .

قال رحمه الله: أما لو لم يذكر سبب الحق ، بل اقتصر على قوله : أنا أشهد لفلان على فلان بكذا لم يصر متحملا ، لاعتياد التسامح بمثله ، وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب اشكال .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله فرق في المبسوط[2]بين هاتين المسألتين ، بأن قوله في هذه الصورة أشهد بذلك ينقسم الى الشهادة بالحق ، ويحمل العلم به على وجه لايشهد به ، وهو أن يسمع الناس يقولون لفلان على فلان كذا وكذا واذا احتمل ذلك وقف التحمل بهذا الاحتمال ، وليست كذلك الصورة الاولى ، لانتفاء هذا الاحتمال بذكر السبب ، وعروة الحق اليه .

---

(١) المبسوط ٨/٢٣١ .

(٢) المبسوط ٨/٢٣٢ .

والمنصف استشكل الفرق، ومنشؤه تساويهما في الجزم بثبوت الحق،بقبول أحدهما والغاء الاخرى تخصيص من غير مرجح ، وهو باطل .

قال رحمه الله:وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه منفردات، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية ، وفيه تردد ، أشبهه المنع .

أقول: منشؤه: النظر الى الاصل الدال على الجواز، ولان قبول شهادتهن في هذه الاشياء أصلا يستلزم أولوية قبولها فرعاً، اذ هي أضعف، لاستنادها الى شهادة الاصل ، وهو مذهب أبي حنيفة ، الا أنه قبل شهادتهن على الشهادة فيما لهن فيه مدخل أيضاً ، وان لم تثبت بهن منفردات ، كالاموال والديون .

ونحن قصرنا الجواز على ماتقبل فيه شهادتهن منفردات ، عملا بالمتفق عليه والشيخ قصر الجواز في الخلاف[١] على شهادتهن على الشهادة في الاملاك والديون والعقود ، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم .

والالتفات الى أن تجويز ذلك حكم شرعي، فيقف على الدلالة الشرعية وحيث لادلالة فلاحكم ، وهو اختيار المتأخر .

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط : الاول قوي لكن الثاني أحوط[٢].

واعلم أن في كلام الشيخ في هذه المسألة في النافع اجمالا ومقصوده ماذكرناه.

قال رحمه الله في القسم الثاني في الطوارىء : لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما ــ الى قوله : وفي الحكم بحد القذف والقصاص تردد ، أشبهه الحكم لتعلق حق الادمي به .

أقول : منشؤه النظر الى أن حدوث الفسق قبل الحكم شبهة ، فيسقط القذف

(١) الخلاف ٢ / ٦٣٠ .

(٢) المبسوط ٨ / ٢٣٣ .

والقصاص بهما ، عملا بظاهر قوله عليه السلام « ادرؤا الحدود بالشبهات »[١] وهو قوى وحكاه الشيخ عن بعض الفقهاء ، قالوا : لانه كحد الربا .

والالتفات الى أن فيها حقاً لادمي فيحكم بهما، والالزم الاضرار به، وتضييع حقه بعد ثبوته شرعاً ، ولانهما كالمال ، وهو اختيار الشيخ محتجاً بالدليل الاخر .

قال رحمه الله : لورجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم ــ الى قوله : ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، فان كان حداً لله نقض الحكم ، لتحقق الشبهة الموجبة للسقوط . وكذا لوكان الادمي كحد القذف، أومشتركاً كحد السرقة، وفي نقض الحكم لما عدا ذلك تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن المحكوم به مقطوع بصحته شرعاً، ورجوعهما يحتمل الصدق والكذب، فلو نقض به ما قد قطع عليه ترك العمل بهذا الدليل في بعض الصور لوجود دليل أقوى ، فيبقى معمولا به فيما عداه ، وهو ظاهر كلام الشيخ في كتابي الفروع وأتبعهما المتأخر .

والالتفات الى ان الرواية المتضمنة رد الزوجة المشهود بطلاقها على زوجها الاول مع رجوع الشهود عن ذلك يستلزم نقض الحكم في غير الصور الثلاث مع الرجوع قبل الاستيفاء ، وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية[٢][٣].

[قال رحمه الله: اذا قتل المرتد مسلماً عمداً ، فللولي قتله قوداً ويسقط قتل الردة . ولوعفا الولي قتل بالردة . ولوقتل][٤] خطأً كانت الدية في ماله مخففة

---

(١) عوالى اللئالى ١/٢٣٦و٢/٣٤٩ و٣/٥٤٥ .

(٢) النهاية ص٣٣٦ .

(٣) أقول: هنا بياض فى النسختين، وقال فى هامش« س »: هكذا وجد هذا البياض الذى هو من « النهايـة » الى « الخطأ » فى نسخة بخط الشيخ أحمد بن فهد رحمه الله .

(٤) ما بين المعقوفتين أثبته من الشرائع المطبوع .

مؤجلة، لانه لاعاقلةله على تردد. ولوقتل أومات حلت، كما تحل الاموال المؤجلة

أقول: منشؤه: النظر الى أن المرتد كافر، فلاتحمل العاقلة عنه شيئاً من الدية كغيره .

والالتفات الى أنه متحرم بحرمه الاسلام، فيعقل عنه ورثته المسلمون لان ميراثه لهم ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

قال رحمه الله تعالى : اذا مات المرتد ، فقتله من يعتقد بقاءه على الردة ، قال الشيخ : يثبت القود ، لتحقق قتل المسلم ظاماً ، ولان الظاهر أنه لايطلق الارتداد الا بعد توبته ، وفي القصاص تردد ، لعدم القصد الى قتل المسلم .

أقول : منشؤه : النظر الى ظاهر الايات الدالة على ثبوت القود مع حصول القتل العمد العدوان، ولان الظاهر من حال المرتد اذا أطلق أنه أطلق بعد توبة واسلام وهو خيرة الشيخ في المبسوط[٢]، محتجاً بهذين الدليلن .

والالتفات الى أن اعتقاد البقاء على الردة شبهة مبيحة للقتل، فيسقط القصاص معها ، عملا بظاهر قوله عليه السلام « ادرؤا الحدود بالشبهات »[٣].

ولاشك أن القصاص حد. أما أولا فللاستعمال. وأما ثانياً فلان الحد هو المنع وهذا المعنى متحقق في القصاص، فيدخل تحته عملا[٤] بالاشتقاق، ولانه لم يقصد قتل المسلم ، وهو خيرة المصنف رحمه الله ومذهب بعض الفقهاء .

---

(١) المبسوط ٧٢/٨ .

(٢) المبسوط ٧٢/٨ .

(٣) عوالى اللئالى ٢٣٦/١ و٣٤٩/٢ و٥٤٥/٣ .

(٤) في « م » : عموماً .

فـرع :

قال الشيخ في المبسوط : وكذا البحث لوقتل من يعتقد بقاءه على العبودية فبان حراً أو رأى ذمياً فقتله يعتقد أنه على الكفر ، فبان مسلماً[١].

فرع آخر :

ان قلنا بثبوت القود، فالولي بالخياران شاء قتل وان شاء أخذ الدية. وان قلنا بالعدم، فالدية عليه مغلظة حالة فيماله ، لانه قتل عمداً، وانماأسقطنا القود للشبهة.

قال رحمه الله في الباب الثالث في الدفاع: من به سلعة اذا أمر بقطعها فمات فلادية له على القاطع، ولوكان مولى عليه، فالدية على القاطع انكان ولياً ،كالاب والجد للاب . وانكان أجنبياً ، ففي القود تردد ، والاشبه الديـة في ماله لاالقود لانه لم يقصد القتل .

أقول : منشوه : النظر الى أن قطع السلعة[٢] مما يقتل غالباً ، فيكون القصد الى قطعها قصداً الى القتل وان لم يقصده ، فيجب به القود . وانما أسقطناه عن الاب والجد له ، لانهما لايقادان به .

والالتفات الى أن القاطع لم يقصد الفعل ، فلايقاد به ، بل يجب عليه ديـة العمد، عملا بأصالة براءة الذمة وحقن الدماء ، الا معوجود الاسبابالمبيحة لها.

قال رحمه الله فيكتاب القصاص : أما لوحبس نفسه يسيراً لايقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات، ففي القصاص تردد، والاشبه القصاص ان قصد القتل، والدية ان لم يقصد أو اشتبه القصد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن شرط جـواز القصاص يحقق القتل العمد ،

---

(١) المبسوط ٨/ ٧٢ .

(٢) السلعة : عقدة تكون في الرأس أو البدن .

وهو غير موجود هنا ، للشك في كون العمل حاصلا بهذا النوع من القتل .

والالتفات الى أنه فعل فعلا حصل به الموت، فيثبت به القصاص . أما الصغرى ففرضية . وأما الكبرى، فللرواية الدالة على ذلك، وهي رواية علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال أبو عبدالله عليه‌السلام : لو أن رجلا ضرب رجلا بخزفة أو آجرة أو بعود فمات كان عمداً[1]. ولما كان هذا القول ضعيفاً لاجرم كان القول الاول أجود.

وأعلم أن هذا البحث انما يتمشى مع جهل قصد الفاعل ، أو العلم بأنه لم يقصد القتل. أما لو علم منه قصد القتل بهذا الفعل، فالاصح ثبوت القصاص، وان كان ظاهر كلام الشيخ في المبسوط[2] يأباه .

قال رحمه الله : ولو جعل السم في طعام صاحب المنزل، فوجده صاحبه فأكله فمات ، قال في الخلاف والمبسوط : عليه القود ، وفيه اشكال .

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف[3]، وأفتى فيها بتحتم القود على الجاعل ، وقواه في المبسوط[4] لاغير ، محتجاً بأنه كالقاتل وبأنه عرضه لاكل الطعام وألجأه اليه بالاباحة لاكله ولم يعلمه ، ألا ترى لو علم أن فيه السم لم يختر شربه ولا أكله .

وهذان الدليلان ذكرهما رحمه الله في مسألة من جعل السم في طعام نفسه وقدمه الى الغير ولم يعلم أنه مسموم ، ثم قال في مسألتنا : هذه دليلنا ماقلناه في المسألة الاولى سواء .

والمصنف رحمه الله استشكل القول بايجاب القود، ومنشؤه : النظر الى أن

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٥٦ ، ح٥ .

(٢) المبسوط ٧/١٧ .

(٣) الخلاف ٢/٣٥٣ مسألة ٣١ من كتاب الجنايات

(٤) المبسوط ٧/٤٥ .

الاكل مستقل باتلاف نفسه بمباشرة الاكل العاري عن اذن الجاعل، فيسقط القود عن الجاعل، لانه كالسبب. ولاخلاف في سقوط الضمان عن ذي السبب مع مجامعته المباشر ، وهو أحد قولي الشافعي .

والالتفات الى الدليل الذي ذكره الشيخ رحمه الله. وفيه نظر، لاقتران السبب في المسألة الاولى بالالجاء ، وتجرده عنه في الثانية .

فـرع :

ظاهر كلام الشيخ المصنف رحمه الله يقتضي سقوط الدية أيضاً، وهو مذهب الشافعي ، ومنهم من أوجب الدية، وهو قول الشافعي أيضاً، وايجاب القود عندي الاقوى .

قال رحمه الله : الثاني ـ لو قال : اقتل نفسك ، فـان كان مميزاً فلاشيء على الملزم ، والافعلى الملزم القود ، وفي تحقق اكراه العاقل هنا اشكال .

أقول: منشؤه: النظر الى أن حقيقة الاكراه الاجبار على الشيء والالجاء اليه ولاشك في تحقق هذا المعنى في العاقل مع الزامه قتل نفسه .

والالتفات الى أن الاكراه على الفعل انما يتحقق اذا كان الاتيان بالفعل المكره عليه مسقطاً للضرر الحاصل من جهة المكره ، بتقدير عدم ايقاع الفعل المكره عليه ، ولاشك في انتفاء هذا هنا، لان قتل هذا المكره لابد منه ، أما في صورة قتل نفسه فظاهر، وأما في صورة عدم قتله نفسه ، فلان التقدير أن المكره يقتله ثم ان لم يقتل نفسه، فالقتل حاصل على التقديرين،فلا اكراه حينئذ، وفائدة هذا البحث قليلة جداً .

قال رحمه الله : لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه ، فهلك قتلا به ، لان سراية الاول لم تنقطع بالثاني ، لشياع ألمه قبل الثانية . وليس كذا لو قطع يده

وقتله الاخر ، لان السراية انقطعت بالتعجيل ، وفي الاول اشكال .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الثاني قطع سراية الاول، بدلالة أنه لايتجدد معه الالم بعد قطع الثاني، فيكون الاول قاطعاً والثاني قاتلا، فيقطع الاول ولايقتل ويقتل الثاني ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ولعله قوي .

والالتفات الى أن الهلاك حصل وألم القطعين باق، فليس استناد القتل الى أحدهما أولى من الاخر ، فاما أن لايستند الى واحد منهما، أو الى واحد معين أو غير معين أو اليهما ، والاقسام الثلاثة باطلة ، فتعين الرابع .

أما بطلان الاول فبالاجماع، لاستلزامه اهدار دم المرء المسلم .

وأما الثاني ، فلانه ترجيح من غير مرجح ، وهو محال .

وأما الثالث ، فهو باطل، وبتقدير صحته فالمقصود حاصل . أما أنه باطل ، فلان ما ليس بمعين معدوم ، والمعدوم يستحيل أن يكون مؤثراً . وأما حصول المقصود على تقدير صحته ، فلاستلزامها وجوب القود على القاتل والقاطع معاً، وهر المطلوب، فتعين الرابع وهو مذهب الشيخ في الخلاف[1]، محتجاً بعين هذا الدليل ، وبه قال الشافعي .

قال رحمه الله : الرابعة ـ اذا اشترك حر وعبد في قتل حر عمداً ، قال في النهاية: للاولياء أن يقتلوهما ويؤدوا الى سيد العبد ثمنه ، أو يقتلوا الحر ويؤدي سيد العبد الى ورثة المقتول خمسة آلاف درهم ، أو يسلم العبد اليهم، أو يقتلوا العبد، وليس لمولاه على الحر سبيل، والاشبه أن مع قتلهما يؤدون الى الحر نصف ديته ، ولايرد على مولى العبد شيء مالم تكن قيمته أزيد من نصف دية الحر ، فيرد عليه الزائد .

وان قتلوا العبد وكانت قيمته زائدة عن نصف دية المقتول ، أدى الى مولاه

(١) الخلاف ٢/٣٦١ .

الزائد ، فان استوعب الدية والا كان تمام الدية لاولياء الاول ، وفي هذه اختلاف للاصحاب ، وماذكرناه أنسب بالمذهب .

أقول : في هذه المسألة أقوال :

الاول : ما حكاه المصنف عن الشيخ في النهاية [1] ، والاعتراض عليه من وجوه :

الاول ـ قوله « وان قتلوهما ردوا على سيد العبد ثمنه » والصواب أنهم يردون على الحر نصف ديته وعلى سيد العبد مازاد من قيمته على جنايته . ولو كانت مساوية للجناية أو ناقصة عنها ، فلارد .

الثاني : قوله « أو يقتلوا العبد خاصة وليس لسيد العبد على الحر سبيل » وهو على الاطلاق غير مستقيم، بل هو حق انكانت قيمته تساوي خمسمائة دينار أو ينقص عنها . أما لوكانت قيمته تزيد عن جنايته رد الحر على مولاه مافضل عن جنايته ، فان بقي شيءكان لاولياء المقتول أولا .

الثالث : قوله « أو يقتلوا الحر ويؤدي سيد العبد الى ورثة المقتول خمسة آلاف درهم ، أو يسلم العبد اليهم فيكون رقاً لهم » والصواب أن يقدر استرقاقه بأن يكون قيمته مساوية لجنايته ، أو ناقصة عنها . أما لوكانت قيمته زائدة عن قدر جنايته ـ وهي خمسمائة دينار ـ استرق منه بقدر الجناية وكان الباقي للمولى . وأما ايجاب أداء خمسة آلاف، فيتأتى على القول بفكه بأرش الجناية، لاعلى القول الاخر .

الثاني : قال أبو الصلاح الحلبي : اذا قتل الحر والعبد حراً ، فاختار وليه الدية ، فعلى الحر النصف، وعلى سيد العبد النصف الاخر . وان اختاروا قتلهما رد قيمة العبد على سيده وورثة الحر. وان اختاروا قتل الحر، فعلى سيد العبد نصف

---

(١) النهاية ص ٧٤٥ .

ديته . وان اختاروا قتل العبد قتله ، ويؤدي الحر الى سيده نصف قيمته[1].

قال المتأخر: وهذا الذي يقتضي أصول مذهبنا . والاعتراض عليه من وجوه:

الاول : قوله « فان اختار الولي الدية ، فعلى الحر النصف وعلى المولى النصف الاخر » وكان ينبغي تقييد ذلك بتخير المولى بين فديته بنصف الدية ، أو تسليمه ان كانت قيمته نصف الدية أو أقل ، والا كان لهم منه بقدر نصف الدية .

الثاني : قوله « وان اختار قتلهما رد قيمة العبد على المولى وورثة الحر » والحق فيه أن يرد على الحر نصف ديته ، وعلى المولى مافضل من قيمة العبد عن جنايته ، كما ذكر أولا .

الثالث : قوله « وان اختار قتل الحر ، فعلى سيد العبد نصف ديته لورثته » والماخذ عليه قد ذكر أولا .

الرابع : قوله « أويقتل العبد ويؤدي الحر الى المولى نصف قيمته » والحق أن القيمة ان كانت مساوية للجناية أو ناقصة ، فلا شيء للمولى . وان كانت زائدة دفع الى مولاه الزائد ، فان استوعبت الدية والا كان الباقي لاولياء المقتول .

قال المصنف في النكت : ولست أدري أي أصل اقتضاه عنده . عنى بذلك المتأخر .

قال الشيخ في الاستبصار : اذا قتل الولي الحر ، وجب على سيد العبد أن يرد على ورثة المقتول الثاني نصف الدية ، أو يسلم العبد اليهم ، لانه لوكان حراً لكان عليه ذلك على ما بيناه ، فحكم العبد حكمه على السواء[2].

قال المتأخر : وهذا رجوع عما ذكره في نهايته ، ونعم الرجوع الى الحق . وما ذكره المصنف في هذا الكتاب حسن .

---

(١) الكافي ص ٣٨٦ .

(٢) الاستبصار ٤/٢٨٤ .

قال صاحب كشف الرموز : وما ذكره لحكمة[1] في قتلهم الحر وفي كلامه هنا عقدة ، وفيه اشكال،فان مع قتل العبد لايلزم أولياء المقتول الاول شيئاً ، بل يرد شريك العبد في القتل وتمام الدية لاولياء المقتول الاول .

وفيه أيضاً اشكال ، فانه ليس على الحر الا خمسمائة ، والمولى لا يغرم جناية عبده ، وقيمة العبد لاتفي بجنايته ، فمن يتم الدية للاول .

ثم قال : وأقرب الاقوال ماذكره شيخنا فيهذا الكتاب ـ يعني : المختصرـ ويبقى الاشكال عليه في اختيار الولي قتل العبد وقيمته ينقص عن خمسمائة ، ومنشؤه تعذر الطريق الى من يتمم الدية للمقتول الاول .

والحق أنه يسقط ولظهور ماذكره ، وضعف بعض هذا الكلام ظاهر، فلاحاجة بنا الى ابانته، وفيه أيضاً شيء يدل على أنه لم يفهم كلام الشرائع . وأما قوله « لم يذكر الحكم في قتل الحر » فلان الشيخ رحمه الله ذكر حكمه في النهاية جيداً ، فلما نقله المصنف رحمه الله استغنى بذكره بدأ عن ذكره عوداً .

واعلم أنه لاتفاوت كثير بين كلام الشرائع والمختصر . وأما استشكاله اختيار الولي قتل العبد مع نقصان قيمته عن جنايته المستلزم لنقصان دية الحر المقتول أولا، فليس بشيء لقوله عليه السلام « لايجني الجاني على أكثر من نفسه »[2] ولان ذاك لازم في الحالات الاربع على تقدير نقصان قيمته عن جنايته .

وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لكونها من المهمات في هذا العلم .

قال رحمه الله في الفصل الثاني، في الشرائط المعتبرة في القصاص : وتقتل الحرة بالحرة والحر ، ولايؤخذ منها فضل على الاشهر .

أقول : قوله « على الاشهر » تنبيه على ما روي عن علي عليه السلام ان الحرة تقتل

---

(١) كذا في « س » وفي « م » : وما ذكر الحر .

(٢) عوالي اللئالي ١٥٩/٢ و٥٨٣/٣ . وتهذيب الاحكام ١٨٢/١٠ ، ح٩ .

بالحر ويؤخذ منها فاضل ديتها[١]. وهي متروكة لاعمل عليها .

قال رحمه الله : ومع القول بعتق المدبرهل يسعى فيفك نفسه ؟ فيه خلاف، أشهره أنه يسعى ، وربما قال بعض : يسعى في دية المقتول ، وهو وهم .

أقول : القائل هو الشيخ رحمه الله في التهذيب[٢]، وهو غلط . قال المصنف في النكت : واستدل في التهذيب بهذه الرواية ، فان لم تكن حجة سواها ، فانها غير دالة على السعي في دية المقتول .

وأما القول الاول،فلان الاولياء قد استرقوه ويثبت ملكهم عليه ، فلولم يوجب عليه عند عتقه السعي في قيمته التي هي عوض عن رقبته ، لزم الاضرار بأولياء المقتول ، وهوينافي السلطنة ، وعليه دلت الرواية المروية عن أبي الحسن عليه السلام[٣].

قال رحمه الله في الشرط الثاني في التساوي في الدين : ولوقتل الذمي مسلماً عمداً ، دفع هو وماله الى أولياء المقتول،وهم مخيرون بين قتله واسترقاقه ، وفي استرقاق ولده الصغار تردد ، أشبهه بقاؤهم على الحرية .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الولد الاصغر تابع لابيه في أعظم الاشياء ، وهوالاسلام أوالكفر،فيكون تابعاً له فيالاسترقاق بطريقالاولى، وهومذهبسلار.

والالتفات الى أصالة بقاء الحرية ، فلا يحكم بزوالها الا بدليل أقوى ، وهو مفقود هنا . قال المتأخر : والذي يقتضيه الدلالة أن الاولاد الصغار لايدفع اليهم ، لانماله اذا اختاروا استرقاقه ، فهومال عندهم ومال العبد لسيده وأولاده أحرار قبل القتل أيضاً اتفاقاً منا ، فكيف يسترق الحر بغير دليل ، فأما استرقاقه هو فاجماعنا منعقد عليه ، وليس كذلك أولاده .

(١) نحوه تهذيب الاحكام ١٠/١٨١ .

(٢) التهذيب ١٠/١٩٨ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/١٩٨ ، ح٨٢ .

فرع :

قال المتأخر : لو اختاروا قتله لم يكن لهم على ماله سبيل، لانه لايدخل في ملكهم الا باختيارهم استرقاقه ، وهو حسن على ما قرره أولا، وان كان ظاهر كلام الشيخ والرواية المروية عن أبي عبد الله عليه السلام[١] يأباه .

قال رحمه الله : اذا قطع المسلم يد مثله ، فسرت مرتداً سقط القصاص ـ الى قوله : أما لو عاد الى الاسلام ، فان كان قبل أن يحصل سرايته، ثبت القصاص في النفس .

وان حصلت سراية وهو مرتد ، ثم عاد وتمت السراية حتى صارت نفساً ، ففي القصاص تردد ، أشبهه ثبوت القصاص ، لان الاعتبار في الجناية المضمونة بحال الاستقرار . وقيل : لاقصاص ، لان وجوبه مستند الى الجناية وكل السراية وهذه بعضها هدر لانه حصل في حال الردة .

أقول : هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف[٢] والمبسوط[٣]، وحكم في الخلاف بوجوب القود ، متمسكاً بعموم الاية ، وبأن الاسلام وجد في الطرفين حال الاصابة وحال استقرار الجناية .

ثم قال : فان قبلت الدية كانت الدية كاملة . وأفتى في المبسوط بعدم القود عملا بالاصل، ثم قال: وهذه تجب الدية كاملة، قال قوم : فيه كمال الدية، وقال آخرون: نصف الدية . والاول أقوى[٤].

واعلم أن القولين للشافعي. وأما المصنف، فقد تردد في القصاص، وبين وجه

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٩٤ .

(٢) الخلاف ٢/٣٤٩ .

(٣) المبسوط ٧/٢٦ .

(٤) المبسوط ٧/٢٧ .

التردد جيداً ، فلا حاجة الى اعادته .

قال رحمه الله : اذا قتل مرتداً ذمياً ، ففي قتله تردد ، منشؤه تحرم المرتد بالاسلام، ويقوى أنه يقتل للتساوي في الفكر ،كما يقتل النصراني باليهودي، لان الكفر كالملة الواحدة .

أقول: هذه المسألة ذكرهاالشيخ فيالخلاف[1]،وأفتى فيهابتحريم القود على المرتدمععدم رجوعه الىالاسلام،محتجاً بعموم قوله تعالى«النفسبالنفسوالحر بالحرومنقتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً»[2]وهذا قتل مظلوماً، اذ التقدير ذلك فيثبت لوليه القصاص عملا بالظاهر .

والمصنف تردد في ايجاب القود، وقد بين منشأه. وللشافعي قولان، أحدهما وجوب القود مطلقاً ، سواء رجع الى الاسلام أو لا ، والثاني عدم ذلك .

قال رحمه الله:اذا قتل ذمي مرتداً قتل به،لانه محقون الدم بالنسبة الى الذمي. أما لو قتله مسلم ، فلا قود مطلقا ، وفي الدية تردد ، والاقرب أنه لادية .

أقول : منشؤه : النظر الى أن الدية تقدير شرعي ، فيقف ثبوتها علىالدليل الشرعي ، وحيث لادلالة فلاحكم .

والالتفات الى أنــه أجود حالاً من الذمي ، ديته كديته على أقل المراتب ، وهذا [دليل] اقناعي .

قال رحمه الله في الشرط الثالث أن لايكون القاتل أباً : لو ادعى اثنانولداً مجهولا ــ الى قوله : ولو ولد مولود على فراش مدعيين له، كالامةأوالموطوءة للشبهة في الطهر الواحد ، فقتلاه قبل القرعة ، لم يقتلا لتحقق الاحتمال بالنسبة الى كل واحد منهما . ولو رجع أحدهما ثم قتلاه لم يقتل الراجع ، والفرق أن

---

(١) الخلاف ٢/٣٥٣ .

(٢) سورة الاسراء : ٣٣ .

البنوة هنا تثبت بالفراش لابمجرد الدعوى ، وفي الفرق تردد .

أقول: منشؤه : النظر الى أن المانع من الاقتصاص هنا انما هو احتمال البنوة وهذا المعنى قد انتقي عن الراجع بدفعه له ، ولان هذه الصورة مساوية لصورة دفع أحد المدعيين البنوة عن نفسه ، فتخصيص هذه بايجاب القود على الراجع منهما ، وانحطاطه عن الراجع في تلك الصورة ، تخصيص من غير مخصص، وهو محال .

والالتفات الى أن ثبوت البنوة في هـذه الصورة آكد مـن ثبوتها في تلك الصورة ، فانها تثبت بسببي الدعوى والفراش ، بخلاف الصورة الاولى، فلهذا لم يوجب القود على الراجع بمجرد رجوعه .

قال رحمه الله في الشرط الرابع كمال العقل : ولو قتل البالغ الصبي، قتل به على الاصح .

هذا تنبيه على أن في المسألة خلافاً ، وقد حكاه المتأخر عن بعض الاصحاب وانما كان الاصح الثبوت لظاهر القرآن .

قال رحمه الله : وفي ثبوت القود على السكران تردد ، والثبوت أشبه ، لانه كالصاحي في تعلق الاحكام . أما من بنج نفسه أو شرب مرقداً لالعذر ، فقد ألحقه الشيخ رحمه الله بالسكران ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان : الاولى ـ في ثبوت القود على السكران ، وقـد تردد فيه ، ومنشأ تردده : النظر الى أن السكران مساو للمجنون في زوال العقل ، فـلا يقتص منه عملا بالمساواة .

والالتفات الى أن الاصحاب أوجبوا عليه الاحكام كالصاحي ، وهذا يدل على مساواته له عندهم . ويضعف الاول بأن الاشتراك في الصفات السلبية لا يوجب التماثل .

وأما المسألة الثانية ، فمنشأ التردد فيها : النظر الى أن الفاعل لـذلك مساو للسكران في تعمد ازالـة عقله ، فيجب عليه القود تغليظاً للعقوبة . والالتفات الى اصالة عدم التعدي .

قال رحمه الله : وفي الاعمى تردد أظهره أنه كالمبصر في توجه القصاص بعمده وفي رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام ان جنايته خطأ تلزم العاقلة .

أقول : منشؤه : النظر الى هذه الرواية المؤيدة بفتوى الشيخ .

والالتفات الى أنها مخصصة لعموم آي القرآن العزيز فلايسمع .

قال رحمه الله في الفصل الثالث في دعوى القتل : ولو حرر الدعوى بتعيين القاتل وصفة القتل ونوعه سمعت دعواه، وهل تسمع منه مقتصراً على مطلق القتل؟ فيه تردد أشبهه القبول .

أقول: ينشأ : من النظر الى أن القتل من الامور التي لايمكن استداركها بعد فـواتها ، فافتقرت الى الكشف ، وهو المراد بالتعيين ، ولانا لانعلم صفة القتل ، فيستوفى موجبه مع نكول المدعى عليه وحلف المدعي . وهو اختيار الشيخ في كتاب الدعاوي والبينات ، وظاهر كلامه في الشهادة على الجنايات .

والالتفات الى أن اطلاق القتل ينصرف الى العمد . فيحمل مع نكول المدعى عليه عن الحلف وسكوتـه عن المطالبة بالتعيين ، أو نقول بحملـه عند الاطلاق على أقل مراتبه ، وهو القتل الخطأ ، دفعاً للتهجم على الدماء .

قال رحمه الله : الثانية ـ اذا ادعى القتل ولم يبين ـ الى آخره .

أقول : هذه المسألة الاولى بعينها مع زيادة ايضاح . وقد بيناها مستوفى .

قال رحمه الله : الثالثة ـ لو ادعى على شخص القتل منفرداً ، ثم ادعى على آخر ، لم تسمع الثانية برىء الاول أو شركه ، لاكذابـه نفسه بالدعوى الاول ، وفيه للشيخ قول آخر .

أقول : صورة المسألة أنه اذا ادعى على رجل القتل وهناك لوث ، فحلف لاثبات دعواه واستوفى ، ثم جاء آخر فأقر أنه القاتل ، فهل للحالف ، أن يدعي عليه أم لا ؟.

اذا عرفت هذا فنقول : ذكر الشيخ رحمه الله في المبسوط[1] فيهذهالمسألة قولين حكاهما في الخلاف[2] عن الشافعي :

الاول : سماع الدعوى الثانية ، لان قول الولي قتله فلان وحده لم يقطعبه وانماقاله بغالب ظنه ، وهذا المعترف يخبرعن قطع ويقين، فكانأعرف بمااعترف به ، فلهذاكان له مطالبته به ، ويفارق هذا اذا قال: أنا قتلته ثمقامت البينه أن هذا المعترف كان غائباً عنموضع القتل حين القتل حيث قلنا لاتقبل هذه البينة ، لانه مكذب لهاوهاهناغيرمكذبلهذا المعترف، فبان الفضلمنهما،واختارهفيالخلاف.

الثاني : عدم السماع ، لان قول الولي في الابتداء ماقتله الا فلان وحده ، اقرار منه أن هذا المقر ماقتله ، فلا يقبل دعواه عليه .

ثم قال : وهو الاقوى عندي ، لانا بينا أنه لايجوز أن يحلف الا على علم ، واذا ثبت ذلك فكأنه قال : أنا أعلم أن الثاني ماقتله ، فيكون مكذباً له ، على أنا قد بينا قضية الحسن عليه السلام في مثل هذا ، وأن الدية في بيت المال .

فأشار بذلك الى ما ذكره في أول باب القسامة ، فانه قال بعد ذكر بعض هذه المسألة هناك : وقد روى أصحابنا في مثل هذا ، وهي قضية الحسن عليه السلام أن الدية تلزم في بيت المال، ولاتلزم المقر ولا الذي ادعى عليه اللوث، وأمضاه أمير المؤمنين عليه السلام .

قال رحمه الله : لو شهدا لمن يرثانه أن زيداً جرحه بعد الاندمال قبلت ،

---

(١) المبسوط ٢٣٣/٧ .

(٢) الخلاف ٤١٨/٢ مسألة١٦ .

ولا تقبل قبله لتحقق التهمة على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن المقتضي لوجوب القبول موجود والمانع لايصلح للمانعية. أما وجود المقتضي، فهي العدالة الموجبة للقبول . وأما المانع المذكور، فليس الا وجود التهمة ، فان الجرح قد يصير نفساً، فتجب الدية على القاتل ويستحقها الشاهدان ، فلهذا لم يقبل .

وأما عدم صلاحيته للمانعية ، فلانه لو منع ذلك من قبول الشهادة في هذه الصورة لمنع من قبول الشهادة للمريض اذا شهدا له في حالة مرضه عملا بالعلية لكن التالي باطل عند القائل بالبطلان هناك فكذا المقدم .

أما بيان الشرطية ، فلان المقتضي للمنع هناك ليس الاجر النفع باعتبار هذه الشهادة، على تقدير أن يموت قبل الاندمال، وهذا المعنى بعينه متحقق في صورة ما اذا شهدا لمن يرثانه وهو مريض ، فان المريض قد يموت ، فيكون المال لهما.

لايقال : نمنع الملازمة لوجود الفرق بين الصورتين ، لان الحق اذا ثبت هنا ملكه المريض،فاذا مات ورثاه عن المريض لاعن المشهود عليه،وليس كذلك اذاقامت الشهادة بالجناية لان متى مات المجني عليه وجبت الدية بموته على القاتل يستحقها الشاهدان على المشهود ، فلهذا ردت .

لانا نقول : لانسلم أن الدية يستحقها بها ابتداءاً ، بل يستحقها بها عن ملك الميت أيضاً ،كما في صورة المريض ، بدليل أنه اذا ثبت قضيت منها ديونه وأنفذت وصاياه ، واليه أومأ الشيخ رحمه الله قبل هذه المسألة .

والالتفات الى تحقق التهمة المانعة من قبول الشهادة وقد بيناها ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، وقد بينا ضعفه ، فالعمل على ماقلناه .

---

(١) المبسوط ٧ / ٢٥١ .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : لو اندمل الجرح بعد الاقامة، لم يحكم بتلك الشهادة لانها وقعت مردودة ، فأما لو أعاداها بعده ، فالصحيح عندنا القبول ، لزوال المانع منه .

قال رحمه الله في القسامة : لو قال الشاهد: قتله أحد هذين لم يكن لوثاً، وفي الفرق تردد .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هاتين المسألتين في المبسوط[1] وحكم بثبوت اللوث في الاولى دون الثانية ، وفرق بينهما بأن في المسألة الاولى قد ثبت أن القتيل قتله أحدهما ، فهو كما لو وجد بينهما ، وليس كذلك المسألة الثانية لان اللوث أن يغلب على الظن صدق مايدعيه الولي، ولكل واحد منهما ولي ولا يعلم أن الشاهد شهد له ، فلا يغلب على الظن صدق مايدعيه ، فلم يكن لوثاً .

والمصنف تردد في الفرق ، ومنشأ تردده النظر الى ماذكره الشيخ رحمه الله من الفرق . والالتفات الى أن كل واحد منهما يحتمل أن يكون قاتلا ويحتمل أن لايكون ، فتنتفي غلبة الظن بصدق مايدعيه الولي ان لو خص بالقتل أحدهما، اذ التقدير أن كل واحد يحتمل أن يكون قاتلا على سبيل الخصوص لا على سبيل الشركة ، فلم يغلب على الظن اتجاه القتل الى أحدهما، فحينئذ لايثبت اللوث في الصورتين معاً .

قال رحمه الله : ولايشترط في اللوث وجود أثر القتل على الاشبه .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط :كل موضع حصل اللوث فللولي القسامة ، سواء كان بالقتيل أثر القتل أو لا. ثم قال: وقال قوم : ان كان به أثر القتل

---

(١) المبسوط ٧/ ٢٣٧ .

فعل[1]هذا وان لم يكن أثراً فلاقسامة ، حتىأنه لوخرج الدم من أنفه فلاقسامة، لانه يخرج من خنق ويظهر من غير قتل، وان خرج من أذنه فهو مقتول ، لانه لا يخرج من أذنه الا بخنق شديد وسبب عظيم . ثم قال : وهو الاقوى[2].

واختار في الخلاف عدم الاشتراط ،كما هو مذهب الشافعي، محتجاً بـأن العادة موت الانسان بالامراض، وموت الفجأة نادر، فالظاهر من هذا أنه مقتول، كماأن من به أثرالقتل يجوز أنيكونجرح نفسه، ولايترك لذلك القسامةولاينبغي أن نحمله على النادر الا بدليل، وقد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه أوعصر خصيته وان لم يكن هناك أثر[3].

وماقاله رحمه الله في الخلاف حسن ، وانما كان أشبه لدلالة العموم عليه .

قال رحمه الله فيكمية القسامة : ولوكان المدعى عليهم أكثرمن واحد ففيه تردد، أظهره أن علىكل واحد خمسينيميناً ،كمالوانفرد، لانكلواحد يتوجهعليه دعوى بانفراده .

أقول : منشؤه : النظر الى أنكل واحد من المدعىعليهم ينفي عن نفسه ما ينفيه الواحد اذا انفردوهو القود، فلهذا حلفكل واحدمايحلف الواحد اذا انفرد وليسكذلك المدعي اذا كان أكثر مـن واحد ، لان الكل سواء يثبتون ما يثبته الواحداذا انفرد ، وهو الذي قواه الشيخ فيالمبسوط[4]، وهو القول الاصح عند الشافعي .

والالتفات الى أصـل البراءة ، ترك العمل به في ايجاب الخمسين عليهم ، للدليل الدال عليه ، فيبقى معمولا بـه فيماعداه ، وبه أفتى الشيخ فـي الخلاف ،

---

(١) في المصدر : مثل .

(٢) المبسوط ٢١٥/٧ .

(٣) الخلاف ٤١٥/٢ مسألة ٨ .

(٤) المبسوط ٢١١/٧ .

محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم، وبأن ما قلناه مجمع على لزومه، وليس على ما قالوه دليل [١] . وهو القول الثاني للشافعي . والمصنف رجح ما رجحه الشيخ في المبسوط .

قال رحمه الله : وفي قبول قسامة الكافر على المسلم تردد ، أظهره المنع.

أقول : منشؤه : النظر الى ظواهر الاخبار الدالة على جواز القسامة مع حصول اللوث، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط ، ثم قال : غير أنه لايثبت به القود ويثبت به المال[٢]. وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، لكنهما أثبتا القتل على المسلم .

والالتفات الى أن اثبات حق المدعي بيمينه ورد على خلاف مقتضى الاصل وهو فتوى الشيخ في الخلاف، محتجاً بأصل البراءة، وبأن اثبات القتل على المسلم بيمين المشرك يفتقر الى دليل، ولانا لو أوجبنا القتل بيمنيهم لوجب أن يقاد به، وقد بينا أنه لايقاد مسلم بكافر ، ولو أوجبنا عليه الدية لاوجبنا بيمين الكافر ابتداءاً على مسلم مالا ، مع علمنا بأنهم يستحلون أموال المسلمين ودماءهم[٣] . وبه قال مالك .

فائدة :

ظاهر كلام المصنف والشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف أن هذا الحكم انما هو اذا كان الولي كافراً أيضاً . أما لو كان مسلماً فلا، وعندي فيه نظر يعرف مما ذكر في مسألة ما لو شهدا لمن يرثانه .

---

(١) الخلاف ٤١٧/٢ .

(٢) المبسوط ٢١٦/٧ .

(٣) الخلاف ٤١٦/٢ .

قال رحمه الله : أما الاعراب، فانكان من أهله كلف، والا قنع بما يعرف معه القصد .

أقول : أشار بذلك الى ماذكره الشيخ رحمه الله في المبسوط ، فانه قال : فأما اعراب اليمين، فالصحيح أن يكون اسم الله مخفوضاً بحرف القسم، فنقول : والله ، فان خالف هذا أولحن فقال: والله رفعاً أونصباً ، قال قوم : يجزيه ، لانهلا يغير معنى . والاقوى عندي أنه انكان من أهل الاعراب والمعرفة أن لايجزيه، وان كان ممن لايعرف ذلك أجزأه[١].

وانما ذكرت هذه المسألة وانكانت واضحة ، لانه قد وقع في بعض النسخ « أما الاعتراف » بالفاء، وهو غلط ظاهر، وقد نبه عليه صاحب كشف الرموز وفي حاشيته على الشرائع، وهو عارف بهذا الكتاب، لانه قرأه على مصنفه .

قال رحمه الله : وهل يذكر في اليمين أن النية نية المدعي؟ قيل: نعم، دفعاً لتوهم الحالف ، والاشبه أنه لايجب .

أقول : قال الشيخ رحمه الله في المبسوط : والنية في اليمين نية الحاكم ، والفائدة في اعتبار هذه الصفات أنكل واحد لايعلم أن الامر هكذا، فربما يعتقد أن النيةنية الحالف، فيغير اليمين عن جهتها، فلهذاكانتهذه الاوصاف أقرب[٢]. ولاحاجة الى ذلك ، لان الاعتبار عندنا بنية المحق ، مدعياًكان أو مدعى عليه .

قال رحمه الله في الفصل الرابع في كيفية الاستيفاء : اذاكان له أولياء لايولي عليهم ــ الى قوله : وقال : لوكان الولي صغيراً وله أب أوجد، لم يكن لاحد أن يستوفي حتى يبلغ، سواءكان القصاص في النفس أو الطرف، وفيه اشكال .

أقول : منشؤه : النظر الى أنه حق للصبي ، فلا يجوز لغيره التصرف فيه

---

(١) المبسوط ٢٣٨/٧ .

(٢) المبسوط ٢٣٨/٧ .

كغيره .

والالتفات الى أن الولي متسلط على استيفاء حقوق المولى عليه مع المصلحة وهذا من ذاك ، وهو الاقوى .

قال رحمه الله : وقال : يحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون، وهو أشد اشكالا من الاول .

أقول : انما كان أشد اشكالا،لان الحبس زيادة عقوبة لادلالة عليها ، اذ موجب القتل القصاص أو الدية لاغير، فيكون منفياً بظاهر قوله عليه السلام « لاضرر ولا اضرار في الاسلام »[1].

قال رحمه الله : اذا قتل جماعة على التعاقب،ثبت لولي كل واحد منهم القود، ولا يتعلق حق واحد بالاخر ، فان استوفى الاول سقط حق الباقين لا الى بدل ، على تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن المقتضي لثبوت القود موجود في كل واحد واحد ، فاذا استوفى الاول سقط حق الباقين لا الى بدل ، لفوات محل القصاص، ولان الدية لاتثبت عندنا الابالتراضي منهما وقد يعذر ذلك ، وهو فتوى الشيخ في الخلاف[2]والمبسوط[3]، ووافقه الشافعي في ثبوت القود لكل من الاولياء ، وخالفه في سقوط حق الباقين لا الى بدل ، وأوجب بدلا هو كمال الدية في ماله خاصة .

واحتج الشيخ في الخلاف بوجهين : الاول اجماع الفرقة وأخبارهم . الثاني قوله تعالى« فقد جعلنا لوليه سلطاناً »[4] فأثبت تعالى السلطنة للولي،والقول بالتداخل

---

(١) عوالى اللئالى ١/٣٨٣ و٢/٧٤ و٣/٢١٠ .

(٢) الخلاف ٢/٣٤٥ .

(٣) المبسوط ٧/١٣ .

(٤) سورة الاسراء : ٣٣ .

ينفي ذلك . وعلى الثاني بأصل البراءة ، وبأن اثبات الدية يحتاج الى دليل .

والالتفات الى أن سقوط حق الباقين يستلزم اهدار الدم المحقون المنفي بظاهر قوله عليه السلام « لايصل دم امرىء مسلم »[1] فيثبت البدل تفصياً من ذلك، كما هو مذهب الشافعي ، ولو قيل بالتداخل كان وجهاً ، للتساوي في سبب الاستحقاق ، كما هو مذهب أبي حنيفة ، فان بادر أحدهم بقتله من غير اذن الباقين فقد استوفى حقه .

وهل يسقط حق الباقين لا الى بدل ؟ قال أبو حنيفة : نعم ، والاشبه الزام القاتل بحصة باقي المقتولين من دية الجاني ، وقال عثمان التميمي : يقتل بجماعتهم ، فاذا قتل سقط من الديات واحدة وكان مابقي من الديات في تركته ، يأخذها أولياء القتلى بالحصص ، وهذا القول مناف للمذهب جداً .

قال رحمه الله : ولو بادر أحدهم ـ الى آخر المسألة .

أقول : قد سبق البحث في هذه المسألة السابقة عليها .

قال رحمه الله : اذا قطع يميناً ، فبذل شمالا فقطعها المجني عليه من غير علم قال في المبسوط : يقتضي مذهبنا سقوط القود، وفيه تردد . لان المتعين قطع اليمين فلا يجزي اليسرى مع وجودها .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السارق يقطع باليمين اذا لم يكن يمين، فيكون بدلا عنها ، فيسقط القصاص عن اليمين ، اذ لا فرق بين فعل البدل وفعل المبدل عنه وهو حجة الشيخ رحمه الله .

وفيه ضعف ، فانه لايلزم من جعلها بدلا عنها في صورة عموم كونها بدلا عنها سلمنا لكن البدل انما يجزىء به اذا كان المبدل عنه مفقوداً ، وهنا المبدل موجود فلا يجزىء كغيره .

والالتفات الى أن المعين قطع اليمين ، فلا يجزىء غيرها ، اذ اجزاء أحد

(١) عوالي اللئالي ٢ / ١٦٠ و٣ / ٥٨١ .

الفعلين المتغايرين عن الاخر خلاف الاصل ، فلا يصار اليه الا لدليل ، وهو مفقود هنا ، وهو اختيار أكثر فقهاء العامة .

فــرع :

قال الشيخ في المبسوط : لو وجب عليه قطع اليمين في السرقة وأخرج يساره فقطعت، سقط عنه القطع في اليمين بلاخلاف، لان حقوق الله مبنية على تخفيف[١].

قال رحمه الله : ولو اتفقا على بذلها بدلا لم يقع بــدلا ، وكان على القاطع ديتها ، وله القصاص في اليمين لانها موجودة ، وفي هذا تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى رضا المجني عليه بقطع اليسار بدلاً عن اليمين، مستلزم للعفو عن قطع اليمين ، فيسقط القصاص عنها ، كما لوعفا عنه صريحاً .

ومن الالتفات الى أنه انما رضي بقطع اليسار بدلا عن اليمين على تقدير صحة ذلك ، فاذا لم تصح المبادلة واليمين قائمة ، كان له الرجوع اليها ، كرجل باع عبداً بثمن معين، فتلف الثمن قبل القبض رجع سيد العبد الى عين ماله حيث لم يسلم الثمن، فكذا هنا يرجع المقتص الى ماوجب له، وهو قطع اليمين، وحكى الشيخ في المبسوط[٢] القولين ولم يرجح .

فائدة :

القائل بثبوت القصاص في اليمين يوجب على المقتص في اليسار ديتها، وللمقتص قطع اليمين حينئذ ، والنافي لم يوجب دية اليسار على المقتص فيها ويوجب له دية اليمين ، فان كانت الديتان سواء تقاصا وان اختلفا ، كأن يكون أحدهما رجلا والاخر امرأة ، تقاصا بما اتفقا ورجع ذو الفضل بالفضل .

---

(١) المبسوط ١٠١/٧ .

(٢) المبسوط ١٠٢/٧

قال رحمه الله : الرابعة : لوقطع يدي رجل ورجليه ـ الى قوله : أما لوقطع يده فمات وادعى الجاني الاندمال وادعى الولي السراية ، فالقول قول الجاني، ان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ، ولو اختلفا فالقول قول الولي ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن الاصل بقاء المدة وعدم مضيها، فيكون القول قول الولي، لاستناد دعواه بهذا الاصل، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[1]، فالولي في هذه المسألة كالجاني في المسألة السابقة عليها .

والالتفات الى أن الظاهر وجوب نصف الدية ، اذ هو موجب الجناية فقط والولي يدعي زيادة بحصول الموت بالسراية ، والاصل عدمها حتى يثبت قطعاً أو ظاهراً، ولاقطع ولاظاهر مع حصول الخلاف، فيكون القول قول الجاني، لاستناده الى هذا الاصل وأصل البراءة، أو نقول : احتمال لاانقضاء مساو لاحتمال الانقضاء فتساقطا، ويرجح قول الجاني بما أن الاصل عدم الضمان ، والاول عندي أقوى .

قال رحمه الله : ولو ادعى الجاني أنه شرب سماً فمات ، وادعى الولي موته من السراية ، فالاحتمال فيهما سواء ومثله . الملفوف في الكساء اذا قده بنصفين فادعى الولي أنه كان حياً، وادعى الجاني أنه كان ميتاً، فالاحتمالان متساويان، فيرجح قول الجاني بما أن الاصل عدم الضمان ، وفيه احتمال آخر ضعيف .

أقول: اعلم أن دعوى كل واحد من الجاني والولي قد استندت الى أصل في الصورتين معاً . أما في الصورة الاولى ، فلان الجاني استندت دعواه الى أصل وهو أصالة عدم الموت بالسراية . وأما الولي فلان دعواه مستند الى أصالة عدم الشرب والموت به. واذا تعارض الاصلان تساقطا ووجب الرجوع الى مقتضى الاصل وهو البراءة .

وأما في الصورة الثانية، فلان دعوى الولي مستندة بأصل بقاء الحياة، ولانه

(١) المبسوط ٧/١٠٥ .

قد تحققت جناية قبل الضرب وشككنا في وجودها حين الضرب، والاصل الحياة فوجب البناء على اليقين،كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو بالعكس، فانه يبنى على اليقين فيهما .

وأما دعوى الجاني ، فلاستناده الى الاصل ، ولان الظاهر من حال الملفوف في الكساء الموت ، واذا تعارضا تساقطا ووجب الرجوع الى الاصل ، وهو في جنبة الجاني ، وهو فتوى الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢].

وأما الاحتمال الاخر ، فاعلم أن بعض الفقهاء جعل القول قول الولي، نظراً الى ماقلناه ، واستضعفه الشيخ في المبسوط ، وهو القول الثاني للشافعي .

قال رحمه الله : ولو صرح بالعفو صح فيما كان ثابتاً وقت الابراء ، وهو دية الجرح . أما القصاص في النفس أو الدية ، ففيه تردد لانه ابراء مما لم يجب . وفي الخلاف يصح العفو عنها وعما يحدث، ولوسرت كان عفوه ماضياً من الثلث لانه بمنزلة الوصية .

أقول : اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هذه المسألة في الخلاف[٣]، وأفتى فيها بصحة العفو وحكم بخروج الدية من الثلث فحسب، لان تصرفات المريض انما يصح عنده من الثلث .

واحتج بعموم قوله تعالى« والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له»[٤] فندب تعالى الى التصدق الذي هو كناية عن الابراء ولم يفرق بين موضع وآخر ، ولان الاصل الجواز ، فالمانع يحتاج الى دليل ، وهو ظاهر كلامه في

---

(١) المبسوط ٧/٢٥٥ .

(٢) الخلاف ٢/٤١٧ .

(٣) الخلاف ٢/ ٣٧٠ .

(٤) سورة المائدة : ٤٥ .

المبسوط[١].

وأما الشافعي، فانه قال: لايخلو أن نقول ذلك بلفظ العفو أو بلفظ الوصية ، فان قال بلفظ الوصية ، فهل تصح الوصية للقاتل؟ قولان، أحدهما تصح لقوله عليه السلام « ان الله أعطى كل ذي حق حقه فلاوصية لوارث»[٢] دل على أن الوصية انماتصح لغير الوارث، ولاشك أن القاتل غير وارث، فتصح الوصية له ، عملا بظاهراللفظ وللاصل. والثاني لاتصح لقوله عليه السلام « ليس للقاتل شيء » والنكرة في سياق النفي للعموم ،كمامر بيانه في أول كتابنا هذا .

فان قلنا بالاول كانت الدية كلها له ان خرجت من الثلث ، والا فبمقدار ما يخرج منه . وان قلنا بالثاني، كانت الدية باقية على الجاني بحالها .

وان قال بلفظ العفو والابراء ، فهل هما من المريض وصية أم لا ؟ على قولين فان قيل وصيةفهو كالوصية ، وقد سلف البحث فيها. وان قيل انهما اسقاط لاوصية لانه ابراء عمالم يجب ، وذلك لاتصح .

وأما المصنف، فانه تردد في ذلك، ومنشأ تردده النظر الى مااحتج به الشيخ في الخلاف . والالتفات الى ما احتج به الشافعي أخيراً .

قال رحمه الله : لوجنى عبد على حرجناية تتعلق برقبته ، فان قال : أبرأتك لـم يصح ، وان أبـرأ السيد صح ،لان الجنايـة وان تعلقت برقبـة العبد ، فانه ملك للسيد ، وفيه اشكال من حيث أن الابراء اسقاط لمافي الذمة .

أقول: هذه المسألة ذكرها الشيخ في المبسوط[٣]، وحكم بصحة ابراء السيد دون العبد . اما الأول. فلان الجناية وانكانت متعلقة برقبة العبد ، فالعبد يعود على

---

(١) المبسوط ١١١/٧ .

(٢) سنن ابن ماجة ٩٠٥/٢ ، برقم : ٢٧١٣ .

(٣) المبسوط ١١١/٧ .

السيد فلهذا صح . وأما الثاني فلان الابراء اسقاط لماتعلق بالذمة ولم يتعلق في ذمة العبد شيء .

والمصنف استشكل القول بصحة الاول، ومنشؤه النظر الى ماذكره الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أن الابراء عبارة عن اسقاط مافي الذمة ولم يتعلق بذمة المولى شيء ، فلايصح ابراؤه ، والمقدمتان ظاهرتان . أما لوعفا مطلقا ، فقال : عفوت عن أرش هذه الجناية صح اجماعاً وكان راجعاً الى سيده ، اذ هي وصية لغيرقاتل فصحت .

قال الشيخ رحمه الله في كتاب الديات: وله أن يبذل من ابل البلد أومن غيرها أو يعطي من ابله أو ابل أدون ـ الى قوله : وهل تقبل القيمة السوقية مع وجود الابل ؟ فيه تردد ، والاشبه لا .

أقول : منشؤه : من أن الواجب الابل ، فلايعدل عن الواجب الى غيره من غير تراض ، وهو مذهب فقهاء العامة طراً ، ومن أن الاصل الجواز .

قال رحمه الله : والذي يقتضيه مذهبنا أنه اذاكان من أهل الابل وبذل القيمة قيمة مثله كان له ذلك، وان قلنا ليس له ذلك كان أحوط . وأما ان كان من أهلها وطلب الولي القيمة لم يكن له ذلك .

قال رحمه الله: فرع ـ لورمى من الحل الى الحرم فقتل فيه لزم التغليظ، وهل يغلظ مع العكس ؟ فيه التردد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السبب المقتضي للتغليظ انما هو القتل في الحرم ، وهو منتف هنا ، اذ التقدير أن القتل حصل في الحل فينتفي مسببه وهو التغليظ عملا بالعلية ، وهو الاقوى ، ويؤيده أصالة البراءة من وجوب التغليظ مطلقاً، ترك العمل به في ايجابه اذا حصل القتل في الحرم أو الشهر الحرام للاجماع

مناومن الشافعي وبعض الصحابة والتابعين، خلافاً لابي حنيفة ومالك وبعض التابعين فيبقى الباقي على الاصل .

والالتفات الى أن سبب القتل حصل في الحرم، اذ التقدير أن الرمي الذي جصل منه القتل كان في الحرم، فيثبت التغليظ ،كما لوحصل القتل فيه ، لان وجود السبب كوجود المسبب، وهو الاليق بمذهب الشيخ رحمه الله ، لانه أوجب على المحل الفداء اذاكان في الحرم فرمى صيداً في الحل فقتل .

وعليه دلت رواية علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل في الحرم رمى صيداً خارجاً من الحرم فقتله ، فقال: عليه الجزاء، لان الافة جاءت الصيد من ناحية الحرم[1] .

والالف واللام في التردد لتعريف الماهية ، لاشارة الى تردد سابق .

قال رحمه الله : ويستوي في ذلك كله القن والمدبر، ذكراًكان أو أنثى، وفي أم الولد تردد على مامضى .

أقول : قال صاحب كشف الرموز : اشار بذلك الى ماذكره في كتاب البيع من أن أم الولد هل يسترق ويباع أولا؟ وليس بحق ، بل أشار بذلك الى ماذكره في كتاب المكاتبة والتدبير والاستيلاء من قوله « اذا جنت أم الولد خطأً تعلق أرش الجناية برقبتها » الى قوله « وفي رواية مسمع عن أبي عبدالله جنايتها في حقوق الناس على سيدها »[2] .

واعلم أن هذه الرواية موافقة لمذهب جميع فقهاء العامة ، على ماحكاه الشيخ في الخلاف عنهم، الا أباثور فانه قال: أرش جنايتها يتعلق بذمتها يتبع به بعد العتق وهو خيرة المزني، ثم قال بعد ذلك: وعندنا أن جنايتها كجناية المملوك سواء وقد

---

(١) تهذيب الاحكام ٥ / ٣٦٢ ، ح ١٦٩ .

(٢) شرائع الاسلام ٣ / ١٣٩ .

تقدم[١]. وكذا قال في المبسوط[٢]، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أنها مملوكة يجوز بيعها .

اذا عرفت هذا فاعلم أن هذا التردد ضعيف، لان الاجماع اذا انعقد على شيء وجب اتباعه ، وان وردت الرواية بخلافه ، لدلالته على اطراح العمل بمضمونها.

قال رحمه الله : من صاح ببالغ فمات فلادية . أما لو كان مريضاً أو مجنوناً أو طفلا أو اغتفل البالغ الكامل وفاجأه بالصيحة ، لزمه الضمان، ولو قيل بالتسوية في الضمان كان حسناً ، لانه سبب الاتلاف ظاهراً .

أقول : القول الاول للشيخ رحمه الله في المبسوط ، محتجاً بالاصل ولان الظاهر أنه لم يسقط من صيحته وانما وافقت سقطته صيحته هذا .

ثم قال: أما لو كان الذي سقط صبياً أو معتوهاً، فعلى الصائح الدية والكفارة لان مثل هذا يسقط من شدة الصيحة . وكذا لو كان غافلا فصاح به حالة غفلته.

والشيخ المصنف أوجب الضمان في الصورتين، بأن الصياح سبب الاتلاف ظاهراً في الصورتين، فيحكم بكونه سبباً لهما شرعاً، بقوله عليه السلام : أنا أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر .

قال رحمه الله : قال الشيخ : والدية على العاقلة ، وفيه اشكال من حيث قصد الصائح الى الاخافة ، فهو عمد الخطأ .

أقول: منشؤه : النظر الى أنه فعل خطأ، فتكون الدية المرتبة عليه لازمة للعاقلة كغيره .

والالتفات الى أن الصائح انما قصد بصيحته الاخافة ، فيكون هذا الفعل عمداً شبيه الخطأ ، فتكون الدية فيه على الجاني .

---

(١) الخلاف ٢/ ٣٩٨ .

(٢) المبسوط ٧/ ١٦٠ .

واعلم أن الشيخ رحمه‌الله حقق هذه المسألة بعد هذا الكلام بقليل في مسألة من شهر سيفه في وجه انسان ، فقال : ثم تنظر، فان كان فعله عمداً فالدية مغلظة في ماله عندنا وعندهم على العاقلة ، وان كان انما صاح بــه خطأ ، فالدية محققة على العاقلة بلاخلاف ، وهذا القول سديد في موضعه .

قال رحمه الله : اذا مر بين الرماة فأصابه سهم ـ الى قوله : ولــو كان مــع المارصبي ، فقربه من طريق السهم لاقصداً [فأصابه] فالضمان على من قربه لاعلى الرامي ، لانه عرضه للاتلاف ، وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من أن الرامي مباشر للاتلاف ، فتكون الدية على عاقلته لكونه خطأ . أما الصغرى ففرضية ، وأما الكبرى فاجماعية .

والالتفات الى أن المارقد عرضه للاتلاف بتقريبه(١) من طريق السهم، فيكون الضمان عليه ، وهو ضعيف ، لاتفاق الفقهاء على انه اذا اجتمع المباشر والسبب كان الضمان على المباشر دون ذي السبب، وفيه نظر، لان الرامي يسقط عنه الضمان بالتحذير ، فيستقر الضمان على السبب اذاً .

قال رحمه الله : روى أبوجميلة ـ الى قوله : فقمصت المركوبة .

أقول : قال المتأخر : يقال قمصت الفرس وغيرها يقمص قمصاً وقماصاً اذا رفعت يديها وطرحهما معاً وعجفت برجليها، يقال: هذه دابة فيها قماص بكسر القاف لابضمها .

واعلم أن للاصحاب في هذه المسألة خمسة أقوال قد ذكر المصنف منها ثلاثة .

وأما القولان الاخران فأحدهما : قول أبي الصلاح ، وهو أن الراكبة ان كان ركوبها بأجرة فالدية على القامصة والناخسة .وان لم يكن بأجرة فالمختار مذهب

---

(١) في « س » : بتقربه .

المفيد ، قال : وهو قضاء علي عليه السلام .

والثاني : أن الراكبة ان كانت صغيرة أو مكرهة ، فالدية نصفان ، وان كانت بالغة مختارة فالدية أثلاث ،كما اختاره المفيد ، قاله الراوندي في الرائع ، وهو حسن ، اذ فيه جمع بين قولي الشيخين قدس الله روحهما .

قال رحمه‌الله : من دعا غيره ، فأخرجه من منزله ليلا ـ الى قوله: وان وجد مقتولا وادعى قتله على غيره، فأقام بينة فقد برىء . وان عدم البينة، ففي القود تردد والاصح أن لاقود وعليه الدية في ماله .

أقول : ينشأ : من أن شرط جواز القود تحقق القتل العمد العدوان ، وهو مشكوك فيه هنا ، فيسقط القود ، اذ الشك في الشرط يستلزم الشك في المشروط قطعاً ، وهو اختيار أكثر الاصحاب ، واختاره المتأخر .

والالتفات الى أن رواية عمروبن أبي المقدام عن أبي جعفر عليه السلام أن القود[١] والفتوى على الاول .

فرع :

لولم يدع المخرج أن غيره قتله ، قال المتأخر :كان على الذي أخرجه القود بعد القسامة من أوليائه على مامضى شرحه ، وعندي فيه اشكال .

قال رحمه‌الله: وان وجد ميتاً ، ففي لزوم الدية تردد، ولعل الاشبه أنه لايضمن

أقول : ينشأ : من النظر الى ظاهر قولهم عليهم السلام « من أخرج غيره من بيته فهو له ضامن حتى يرجع »[٢] وهو خيرة الشيخ في النهاية[٣]، وهو مروي عن أبي

---

(١) تهذيب الاحكام ٢٢١/١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٢٢/١٠ .

(٣) النهاية ص٧٥٦ .

عبدالله عليه السلام عن أبي جعفر عن رسول الله عليه السلام[١].

والالتفات الى أصل البراءة ، فيتمسك به الى حين ظهور الموجب قطعاً أو ظاهراً. قال المتأخر: والذي يقتضيه مذهبنا أنه اذا كان غيرمتهم عليه ولايعلم بينهما الاخير ، فلا دية عليه بحال ، وان علم بينهما عداوة ومخاصمة ، فلاولبائه القسامة بما يدعونه من أنواع القتل ، لان اخراجه مع العداوة التي بينهما يقوم مقام اللوث المقدم ذكره ، فليلحظ ذلك . وما قاله رحمه الله حسن .

قال رحمه الله : وروي عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة أدخلت ليلة البناء صديقاً الى حجلتها ، فلما أراد الزوج مواقعتها ثار الصديق فاقتتلا فقتله الزوج فقتلته هي ، فقال: تضمن دية الصديق وتقتل بالزوج ، وفي تضمين دية الصديق تردد ، أقربه ان دمه هدر.

أقول : منشؤه : النظر الى أن دم الصديق هدر ، أما أولاً فلدخوله دار الزوج من غير اذنه ، وقد تقدم أن للزوج قتل من يجده في داره للزنا[٢] بأهله ، سواء هم بقتل الزوج أو لم يهتم . وأما ثانياً ، فلانه محارب ، فيجوز دفعه بقدر الامكان ، فلو لم يندفع الا بالقتل جاز اعتماده ، دفعاً للضرر عن النفس ، وهو متفق عليه .

واذا ثبت أن دمه هدر لم يكن على أحد ضمانه ، وهو اختيار الشيخ في النكت والمتأخر أيضاً .

والالتفات الى أن الزوجة غارة للصديق ، فيلزمها ديته ، كمن ألقى رجلا في البحر فابتلعه الحوت ، وهو خيرة الشيخ في النهاية[٣] وللرواية[٤]. والاول أصح وهذه الرواية اشارة الى حكم في واقعة ، والفعل لاعموم له ، لانه يكفي في صحة

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٢٢١ .

(٢) فى « م » : للبناء .

(٣) النهاية ص٧٥٦ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٠/٢٠٩ ، ح٢٩ .

الاخبارعنه الاتيان بهمرة واحدة، فيحمل على أنه عليه السلام حكم بذلك لعلمه بمايوجب ذلك الحكم ، وان كان الراوي نقله من غيرعلم السبب المقتضي له ، فلايعدى .

والحجلة هي السترو الخيمة التي يضرب للنساء في السفر، قاله المصنف في النكت .

وقال المتأخر : الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس ، وهو بيت يفرش بالثياب والاسرة والنمارق والستور ، هكذا ذكره الجوهري في الصحاح[1].

فلايظن ظان أن الحجلة هي السرير، ويعضد قول الجوهري الحديث المأثور «اعروهن يلزمن الحجال»[2] والمراد بهاالبيوت دون الاسرة وفاقاً، واذاثبت استعماله في ذلك امتنع استعماله في غيره ، دفعاً للاشتراك والمجاز .

قال رحمه الله : في البحث الثاني في الاسباب : وكذا اخراج الرواشن في الطرق المسلوكة اذا لم تضر بالمارة ، فلو قتلت خشبة بسقوطها ، قال الشيخ : يضمن نصف الدية، لانه هلك عن مباح ومحظور، والاقرب أنه لايضمن مع القول بالجواز .

أقول : قال الشيخ في المبسوط عقيب ذكره : فأما قدر الضمان باعتبار حصول الموت بالسقوط ، فان سقطت الخشبة بأجمعها فقتلت ، ضمن نصف الدية ، لانه هلك من فعلين ، واحدهما مباح وهو الساقط الكائن في حد الملك ، فيسقط ماحصل بسببه . والاخر محظور ، وهو الخارج عن حده ، فيضمن ما حصل بسببه .

ثم سوى في الضمان بين ما اذا أصاب المقتول الطرف الخارج أو الاخر ، لحصول القتل باصابته وثقل الاخر ، وأوجب ضمان كل الدية مع وقوع الخارج خاصة ، لتمحض الهلاك من المحظور خاصة .

---

(١) صحاح اللغة ١٦٦٧/٤ .

(٢) عوالى اللئالى ٦٢٢/٣ .

وحكم المصنف بعدم الضمان مطلقا ، محتجاً بأن النصب سائغ فلا يستعقب ضماناً ، أما الاولى ففريضة ، وأما الثانية فاتفاقية .

قال رحمه الله : وفي ضمان جناية الهرة المملوكة تردد ، قال الشيخ : يضمن بالتفريط مع الضراوة ، وهو بعيد ، اذ لم تجر العادة بربطها ، نعم يجوز قتلها .

أقول : منشؤه : النظر الى أن السنور الضري مساو للكلب العقور في الأذى فيجب حفظه ، ويضمن مالكه جنايته مع التفريط في حفظه عملا بالمقتضي ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى عموم قوله عليه السلام « جرح العجماء جبار »[1] ترك العمل به في ايجاب الضمان على مالك الكلب العقور والدابة الصائلة مع تفريطه في حفظها للاجماع ، ولان هذه الاشياء مماجرت العادة بربطها ، بخلاف الهرة ، وهوقوي .

وأما جواز قتلها والحال هذه ، فمتفق عليه لانعقاد الاجماع على جواز قتل المؤذيات .

قال رحمه الله : راكب الدابة يضمن ما يجنيه بيديها ، وفي ضمان ما يجنيه برأسها تردد ، أقربه الضمان لتمكنه من مراعاته وكذا القائد .

أقول : منشؤه : النظر الى أن المقتضي لضمان مايجنيه بيديها انما هو التمكن من حفظها عن الجناية على الغير ، وهذا المعنى متحقق هنا ، فيجب القول بثبوت الضمان فيه ، عملا بالعلية ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط .

والالتفات الى أصل البراءة ، ترك العمل به في ضمان ما يجنيه بيديها ، فيبقى الباقي على الاصل ، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف .

قال رحمه الله في البحث الثالث في تزاحم الموجبات : ولو جهل المباشر حال السبب ضمن المسبب ، كمن غطى بئراً حفرها في غير ملكه فدفع غيره ثالثاً

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٢٢٥ ، ح١٧ .

ولما[١] يعلم ، فالضمان على الحافر .

أقول : انما أتى هنا بلفظة « لما » دون « لم » لانها تفيد انتفاء الفعل ممتداً الى وقت حديثك به ، قال تعالى « ولما يدخل الايمان في قلوبكم »[٢] ومعناه : انهم كانوا غير مؤمنين الى وقت الاخبار عنهم، بخلاف « لم » فانها انما يفيد انتفاء الفعل الماضي خاصة .

فمعنى قولنا « ولما يعلم » أي : ان الجهل بذلك مستمر الى حين الدفع ، وليس ذلك صريحاً مع « لم » فلهذا أتى بـ « لما » وهذا فرق حسن ذكره بعض النحاة .

قال رحمه الله : ولو قال : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، ضمن دفعاً لضرورة الخوف . ولو لم يكن خوف فقال : ألقه وعلي ضمانه ، ففي الضمان تردد أقربه أنه لا يضمن .

أقول : هنا مسألتان : أما الاولى، فلا خلاف بيننا في صحة الضمان فيها ولزومه لما فيه من المصلحة المطلوبة للعقلاء ، وهي دفع خوف الغرق عن النفس، وعليه فقهاء الجمهور الا أبا ثور قال الشيخ في الخلاف : وأبو ثور شاذ لا يعتد به .

وأما الثانية فقد ادعى الشيخ في المبسوط الاجماع على بطلان الضمان فيها وهو موافق للمذهب ، لانه ضمان مالم يجب .

والمصنف تردد في ذلك، ومنشؤه : النظر الى أن هذا الضمان عقد ، فيجب الوفاء به . أما الصغرى ففرضية ، اذ التقدير أن الضامن أوجد الايجاب ، أعني : صيغة الضمان والملقى رضي به ، ولا شك في أن العقد اسم للايجاب والقبول . وأما الكبرى فلقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[٣] وهو عام الا فيما خصه الدليل ، ولا

---

(١) فى الشرائع المطبوع : ولم .

(٢) سورة الحجرات : ١٤ .

(٣) سورة المائدة : ١ .

مخصص قطعاً أو ظاهراً هنا .

والالتفات الى أن مقتضى الاصل عدم صحة الضمان في الموضعين ، لكونه ضمان ما لم يجب ، لكن ترك العمل به في الصورة الاولى ، لما في تسويغة من المصلحة الظاهرة الراجحة ، فتبقى الثانية على الأصل لعراتها عن هذه الفائدة ، وهو المعتمد .

واعلم أن هذا التردد ضعيف جداً، لمافيه من مخالفة الاجماع الذي نقله الشيخ في المبسوط ، والاستدلال الذي ذكرناه على جواز الضمان ضعيف ، اذ العموم لاينهض معارضاً للاجماع .

قال رحمه الله في النظر الثالث في الجناية على الاطراف : وفـي الحاجبين خمسمائة دينار ، وفي كل واحد نصف ذلك ، وما أصيب منه فعلى الحساب ، وفي الاهداب تردد ، قال في المبسوط والخلاف : الدية ان لم ينبت ، وفيها مع الاجفان ديتان . والاقرب السقوط حالة الانضمام والأرش حالة الانفراد .

أقول : منشؤه : النظر الى عموم قولهم عليهم السلام «كل مافي الجسد منه اثنان ففيه الدية ، وكل ما في الجسد منه أربعة ففيه الدية » ولاشك أن الاهداب في الجسد أربعة ، فتجب فيها الدية أرباعاً ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط والخلاف ، محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم .

والالتفات الى أن أصل البراءة ينفي التقدير مطلقاً ، ترك العمل به في بعض الصور ، للنص والاجماع ، فيبقى الباقي على أصله ، وهو خيره المتأخر، فانه قال بعد أن أورد كلام الشيخ في المبسوط : والذي يقتضيه مذهبنا أن الاهداب ـ وهو الشعر النابت على الجفن ـ لادية فيه مقدرة ، لان الاصحاب لم يقدروا في السعر مقدار الا في شعر الرأس واللحية والحاجبين ، فالحاق غيرها بها قياس ، وهو باطل عندنا .

ثم قال بعد كلام : فاذا أعدم ذلك وكان مفرداً عن الاجفان كان فيه حكومة ، واذا أعدمه مع الاجفان كان في الجميع دية الاجفان ، لان الاهداب تبع للاجفان، كما لوقطع اليد وعليها شعر .

وذكر بعد ذلك كلاماً طويلا لافائدة في ايراده ، واليه صار المصنف، والاقرب عندي ثبوت الارش حالة الانفراد والدية للاجفان ، والارش لها حالة الانضمام ، لان شعر العينين فيه جمال ومنفعة ، بخلاف شعر البدن ، واليه صار بعض الجمهور .

قال رحمه الله : وفي العين الصحيحة من الاعور الدية كاملة ، ووهم هنا واهم فتوق زلله .

أقول : أشار بذلك الى ماتوهمه المتأخر من كلام الشيخ في النهاية ، حيث قال : وفي العين العوراء الدية اذا كانت خلقة ، أوذهبت بآفة من الله تعالى .

فانه توهم أن المراد بالعوراء الفاسدة ، وزعم أن في الذاهبة بالافة والخلقة خمسمائة دينار ، ونزل كلام الشيخ على هذا التأويل ، وهو غلط ، فان الشيخ أراد بالعوراء هنا الصحيحة من عين الاعور. وانما سماها بذلك ، لانها ليس لها أخت من جنسها .

وفي الحديث أن أبالهب اعترض على النبي عليه‌السلام عند اظهار الدعوة ، فقال له أبو طالب : ياأعور ماأنت وهذا ، قال ابن الاعرابي : ولم يكن أبو لهب أعور وانما العرب يقول للذي ليس له أخ من أبيه وأمه : أعور . فالشيخ استعمل ذلك اتساعاً وتبعاً للفظ الرواية المروية عن أبي عبدالله عليه‌السلام .

فأما قول الشيخ رحمه الله « اذا كانت خلقة » الى آخره، فانه يريد به الذاهبة اصمرها ولم يجر لها ذكر اتساعاً ولدلالة اللفظ عليه .

قال: رحمه الله ولو اسودت السن بالجناية ولم تسقط فثلثا ديتها، وفيها بعد الاسوداد الثلث على الاشهر .

أقول: هذا هو المشهور بين أصحابنا، واحتج الشيخ في الخلاف عليه باجماع

الفرقة وأخبارهم ، وذهب في النهاية الى أن فيها ربع الدية ، وبه رواية عن أبي عبدالله عليه السلام ضعيفة، لضعف رجالها، ولوجود الرواية الصحيحة الدالة على ماقلناه المتأيدة بعمل أكثر الاصحاب ، خصوصاً مع نقل الشيخ الاجماع عليها .

قال رحمه الله : والدية في المقلوعة مع سنخها ، وهو الثابت منها في اللثة . ولو كسر ما برز عن اللثة فيه تردد ، والاقرب أن فيه دية السن .

أقول : ينشأ: من النظر الى أن ذلك يسمى سناً، فتجب فيه ديته. أما الصغرى فللنقل عن أهل اللغة، وقد ذكره الشيخ في المبسوط والمتأخر، فالا السن ماشاهدته زائداً على اللثة والسنخ أصله . وأما الكبرى ، فللاخبار الدالة على وجوب الدية مع قلع السن ، وهو خيرتهما .

والالتفات الى أن أصل البراءة ينفي الوجوب مطلقاً، ترك العمل به في ايجاب الدية مع القلع من السنخ مطلقاً ، فيبقى على أصالته ، وهو ضعيف ، اذ الاصالة تخالف لقيام الدلالة وقد بيناها .

قال رحمه الله : ولوقطع حلمتي الثديين ، قال في المبسوط والخلاف : فيهما الدية . وفيه اشكال، من حيث أن الدية في الثديين والحلمتان بعضهما.

أقول : ينشأ : من النظر الى عموم قولهم عليهم السلام «كل مافي الجسد منه اثنان ففيه الدية» وهو خيرة المتأخر، ولانهما من تمام الخلقة ، وبهما الجمال والمنفعة، وهذا الدليل ذكره الشيخ في المبسوط.

والالتفات الى أن الشارع جعل الدية في الثديين ، ولاجرم أن الحلمتين بعضهما،وجعل الدية في الكل يقتضي التقسيط على الاجزاء ، ولعله أقرب لاعتماده على أصالة البراءة .

قال رحمه الله : وفي افضاء المرأة ديتها ـ الى قوله : ولوكانت المكرهة بكراً ، هل يجب لها أرش البكارة زائداً عن المهر؟ فيه تردد، والاشبه وجوبه .

أقول : الافضاء جعل مدخل الذكر ، وهو مخرج المني والحيض والولد ومخرج البول واحداً . واعلم أن مخرج المني أسفل الفرج، ومخرج البول من ثقبة كالاحليل في أعلى الفرج، وبين المسلكين حاجز رقيق، فالافضاء ازالة ذلك الحاجز ، هذا تفسير الشيخ في المبسوط والمتأخر .

وقال جماعة من أهل العلم : الافضاء جعل مدخل الغرمول ومخرج الغائط واحداً . وهو بعيد ، لان بينهما حاجزاً عريضاً قوياً .

اذا عرفت هذا فنقول : منشأ التردد : من النظر الى أن أرش البكارة والدية والمهر كل واحد منها وجب بمعنى مغاير لماوجب له الاخر، والتداخل على خلاف الاصل، فلايصار اليه الا لدليل ، وحيث لادلالة فلامصير، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والمتأخر .

والالتفات الى أصالة البراءة ، ترك العمل بها في ايجاب المهر والدية ، ويبقى الباقي على أصله، ولان الافضاء تدخل فيه البكارة ، فتكون ديته كافية عنهما، وهو قوي .

فرع :

قال الشيخ في المبسوط والخلاف: لوكان البول مستمسكاً ، فلازيادة على الدية . وان كان مسترسلا ، ففيه الحكومة ، مدعياً للاجماع وهو حسن .

قال رحمه الله : ويلزم ذلك في ماله ، لان الجناية اما عمد أو شبيه بالعمد .

أقول: قال الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر كيفية تصوير العمد والشبيه به في الافضاء وأحال بعضهم أن يتصور فيه خطأ محض .

وقال بعض المتأخرين : وهو جيد أنه يتصور الخطأ المحض، وهو اذا كان له زوجة قد وطأها ويعلم أن وطأها لايفضيها بعد هذا فأصاب على فراشه امرأة

فأفضاها معتقداً أنها زوجته ، فانهخطأ محض ،كمالورمى حربياً فوقع على مسلم فقتله ،كان خطاً محضاً بلااشكال .

اذا عرفت هذا ظهر عندك ضعف حصر الشيخ المصنف .

قال رحمه الله في المقصد الثالث في الشجاج والجراح : ولو أوضحه اثنتين وهشمه فيهما واتصل الهشم باطناً ، قال في المبسوط هما هاشمتان ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه : النظر الىأن أصالة البراءة تنفي الوجوب مطلقاً، ترك العمل به في ايجاب دية هاشمة واحدة ، لانه ممالابد منه، فيبقىمعمولا بها فيما عداها ، وهوقوي ، ولان أهل العرف يسمون ذلك هاشمة واحدة ، ولامعارضله من اللغة، فيجب اتباعه في ذلك .

والالتفات الىأن طريقة الاحتياطقاضية بذلك، اذمعأداء دية هاشميين يحصل يقين البراءة ، بخلاف ماذكرناه ، وهو ضعيف ، لان الاحتياط ليس بموجب.

قال رحمه الله : من لاوليله ، فالامام ولي دمه ، يقتصله ان قتل عمداً، وهل له العفو ؟ الا صح لا .

أقول: ذهب أكثر الاصحاب الىالمنع من ذلك، ومستنده النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام . وذهبالمتأخر الى جوازه ، تمسكاً بأن الامام وليالمقتول ووارثه لومات، والدية يرثها من يرث المال الاكلالة الام ، واذا صح ميراثه لها جاز عفوه عن القصاص اليها . وقال: جنايته على الامام ، لانه عاقلته ، فيكون له ميراثه المستلزم لجواز العفو، وادعى أنالشيخ رجع عنمقالته في بعضمصنفاته ولم يعين . والكل ضعيف .

قوله «الامام ولي المقتول» قلنا : ان عنيت به أنله أن يقتصعنه فمسلم، لكن لايلزم منه ثبوت المطلوب . وان عنيتبه أعم من هذا، بحيث أن له الصلح على

الدية والعفو عنها ممنوع ، اذ لادليل عليه .

وقوله« والامام وارثه لومات » قلنا: مسلم لكن لانسلم أنه عليه السلام يرث من الدية ككلالة الام، فان استندت فيها الى الرواية فكذا نحن هنا، وان استندت فيها الى الاجماع ، فهو ممنوع لوجود الخلاف وقد قدمناه .

ومفهوم قوله « الدية يرثها من يرث المال» أن الدية لايرثها الا من يرث، الا ان كل من يرث المال يرث الدية .

وقوله «جنايته على الامام لانه عاقلته فيكون له ميراثه» قلنا : ماالملازمة ؟ . وأما دعوى النقل عـن الشيخ ، فلايصححا الا الوجـود . هذا آخر كلام صاحب كشف الرموز . وفيه نظر .

قال رحمه الله في النظر الرابع في اللواحق : ولوعزل المجامع عن الحرة اختياراً ولم تأذن ، قيل : يلزمه عشرة دنانير ، وفيه تردد ، أشبهه أنه لايجب .

أقول : ينشأ : مـن النظر الى الاصالة النافية للوجوب ، ولان الاصل براءة الذمة ، فلايعلق عليها شيء الامع وجود الدليل الدال عليه قطعاً أو ظاهراً ، وهما منتفيان هنا، لان الدال على ذلك انماهو خبر واحد شاذ، وأخبار الاحاد لايقتضي علماً ولاعملا خصوصاً مع منافاتها الاصل، وهو خيرة المتأخر محتجاً بعين هـذا الدليل، ويؤيد قوله مارواه ابن بابوية عن محمد بن مسلم قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن العزل ، فقال : الماء للرجل يصرفه حيث يشاء . !

ومـن الالتفات الى الروايتين المرويتين عن أهل البيت عليهم السلام الدالتين على الوجوب ، وهو خيرة شيخنا المفيد والشيخ في النهاية وأبي الصلاح في الكافي وعليه أتباع الشيخ .

قال رحمه الله :في الثالثة في كفارة القتل: ولوظنه كافراً فلادية وعليه الكفارة. ولوكان أسيراً قال الشيخ: يضمن الدية والكفارة، لانه لاقدرة للاسير على التخلص

وفيه تردد .

أقول : ينشأ : من النظر الى أن أصالة البراة تنفي وجوبها ، ترك العمل بها في ايجاب الكفارة للاية : فيبقى معمولا بها فيما عداها، وهو أحد قولي الشافعي.

ومن الالتفات الى عموم قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مومنة» وهذا مؤمن فيجبان معاً بقتله، عملا بظاهر الاية، ولقوله عليه السلام « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذه نفس .

وهذان احتج بهما الشيخ في الخلاف، واحتج في المبسوط بأن الاسير غير مختار في كونه هناك ، فتجب له الدية .

فرع :

لافرق بين أن يقصده بعينه، أو لم يقصده اذا لم يعلم كونه مؤمناً . وقال الشافعي: ان قصده بعينه فعليه الدية والكفارة على أحد القولين والاخر كفارة بلادية . وان لم يقصد بعينه فالكفارة بلادية .

قال رحمه الله : واذا قبل من العامد الدية ، وجبت الكفارة قطعاً . ولو قتل قوداً هل تجب في ماله ؟ قال في المبسوط : لاتجب ، وفيه اشكال ينشأ من كون الجناية سبباً .

أقول: اعلم أن للشيخ في هذه قولين: الوجوب، وهو ظاهر كلامه في الخلاف محتجاً باجماع الفرقة وأخبارهم ، وبأن طريقة الاحتياط تقتضي ذلك والثاني قاله في المبسوط . وهو الذي يقتضيه مذهبنا ولم يبد حجة سوى ذلك ، والمصنف استشكل القول بالسقوط من حيث أن الجناية سبب موجب للقود ، وهي حاصلة من جهته ، فلايعد عذراً مسقطاً للكفارة ،كما لومات بعد أن أخذت منه الدية .

قال رحمه الله في الرابعة في العاقلة : ولايعقل مولى المملوك جنايته ــ الى

قوله : أو مستولدة على الاشبه .

أقول : قد سبق هذا البحث فيما سلف .

قال رحمه الله: وضامن الجريرة يعقل، ولايعقل عنه المضمون ـ الى قوله: نعم لايضمن الامام مع وجوده ويسره على الاشبه .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وذكره شيخنا في نهايته ، وأتبعه المتأخر ، وكلام المصنف يدل على وجود مخالف فيه ، ولايحضرني الان ذلك وان كان فهو مدفوع بالشهرة .

قال رحمه الله : وأما كيفية ، التقسيط ، فان الدية تجب ابتداءاً على العاقلة ولايرجع بها على الجاني على الاصح .

أقول : حكى الشيخ في المبسوط والخلاف والنهاية عن بعض الاصحاب جواز الرجوع على القاتل، ثم قال في الاولين: ولاأعرف به قضاءاً ولا قولاً، واحتج في الخلاف بظواهر الأخبار الدالة على لزوم الدية للعاقلة ابتداءاً وليس في شيء منها ما يدل على الرجوع على القاتل .

ونسب الشيخ المصنف والمتأخر هذا القول الى شيخنا المفيد في المقنعة ولم يذكر المستند. وربما احتج بأن ذلك غرم لزم العاقلة بسببه، فكان لها الرجوع عليه ويضعف بأن الجناية لم توجب عليه دسكاً للمجني عليه، فأولى بأن لاتوجب للعاقلة وفيه نظر .

قال رحمه الله: ولو قتل الاب ولده خطأً، فالدية على العاقلة ويرثها الوارث وفي توريث الاب هنا قولان ، ولو لم يكن وارث سوى العاقلة ، فان قلنا الاب لايرث فلادية، وان قلنا يرث ففي أخذه من العاقلة تردد. وكذا البحث لو قتل الولد أباه خطأً .

أقول: منشؤه: النظر الى عموم الاخبار الدالة على لزوم العاقلة الدية ويسلمها

الى أولياء المقتول، ولاشك أن الولي هنا الاب ، فيجب التسليم اليه، عملا بالعموم والالتفات الى أن ذلك يستلزم ان القاتل يقتل ويأخذ، وهو بعيد. أما أولا، فلصيرورة الجناية وسيلة الى تحصيل الاموال . وأما ثانياً ، فلما في ذلك من توفر الدواعي على القتل الخطأ، وهما ضعيفان، أما الاول فلانه مجرد استبعاد وليس دليلا. وأما الثاني فلانا لانوجب الاخذ من العاقلة الا عند تحقق كون القتل خطأ .

واعلم أن هذا الاشكال انما يتأتى على قول من يورث القاتل خطأً مطلقاً . أما من يمنعه مطلقا أومن الدية ، فالاشكال ليس بوارد عليهما .

قال رحمه الله : وكذا لورمى مسلم طائراً ثم ارتد فأصاب مسلماً ، قال الشيخ : لم يعقل عنه المسلمون من عصبته ولا الكفار، ولوقيل : يعقل عنه عصبته المسلمون كان حسناً ، لان ميراثه لهم على الاصح .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : انما لم يعقل عنه الكفار ، لانه أرسله وهو مسلم ، فتكون الدية في ماله . والشيخ المصنف أوجب الدية على عاقلة المسلم ، وهو حسن . أما أولا فلان مقتضى الاصل لزوم الدية للعاقلة المسلمين في الصورتين : أعني صورة ما لورمى وهو ذمي ثم أسلم فقتل السهم مسلماً ، وهذه الصورة لكون الميراث لهم فيهما معاً ، ترك العمل بها في الصورة الاولى، للاجماع فيبقى الباقي على أصله . وأما ثانياً فلان المرتد ميراثه لورثته المسلمين ، فتكون ديته عليهم .

وحيث أتينا بما قصدنا اثباته وذكره ، وأوردنا ما أردنا ايراده وسطره ، فلنحمد الله الذي جعلنا من المتمسكين بأهذاب مذهب الائمة الاطهار المنزهين عن الخطل والزيغ والاصار، الاخذين علومهم عن النبي المختار محمد بن عبدالله ، من أكرم بيت وأشرف الابرار ، المؤيد بالمهاجرين والانصار، صلى الله عليه وعليهم آناء الليل وأطراف النهار، ونسأله أن يجعل ما كتبناه حجة لنا يوم القرار ، وعدة نستدفع بها أهوال تلك الدار ، انه هو الكريم الغفار المتطول بالانعم السنية الغزار .

قال في آخر نسخة « م » : تم كتاب ايضاح ترددات الشرائع،تأليف الشيخ العالم الكامل نجم الدين جعفر بن الزهدري الحلي ، والحمد لله وحده وصلى الله على أكرم المرسلين وسيد الاولياء محمد بن النبي و آله وعترته الطاهرين ، وذلك في يوم ثامن ... الحرام من سنة خمس خمسين وسبعمائة الهلالية بالحلة ، عمرها الله بالصالحين من عباده ، على يدكاتبه مالكه أضعف ... الفقير الى رحمته وعفوه علـي بن حسن بن أحمد بن ابراهيم بن مظاهر ، غفرالله له ولوالديه وللمؤمنين والمؤمنات و ... رب اختم بالخيرات .

وقال في آخر نسخة « س » : تم الكتاب والحمد لله حق حمده ، وصلى الله على سيدنا محمـد النبي وآلـه الطاهرين وسلم تسليماً كثيراً ، بـرحمتك ياأرحم الراحمين . فرغ من تعليقه أفقر عباد الله وأحوجهم الى مغفرته ورحمته ورضوانه علي بن حسن بن علي ... الحلي محتداً ... مسكناً ومولداً ، نصف نهار الاربعاء حادي وعشرين من شهر ... من شهور سنة ست وخمسين وسبعمائة ، وصلى الله على محمد وآله، غفر اللهله ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات، الاحياء منهم والاموات ، ولجميع من قرأ فيه أونظر فيه أو نسخ منه أو طالعه وترحم على المؤمنين والمسلمين ولوالديه ودعاله بالمغفرة ...

وقال في هامش« س »: اتفقت المقابلة والتصحيح من أوله الى آخره بنسخة بخط شيخنا العلامة جمال الدين أحمد بن فهد قدس الله روحــه . والمفهوم من النسختين أنهما غير مقابلتين ، لكن بحسب ما أمكن وكتب الفقير علي بن قاسم المعروف بابن عدافة عفا الله عنهم .

وتم بحمد الله تعالى استنساخ الجزئين من الكتاب تصحيحاً وتحقيقاً وتعليقاً عليه ، مع تحمل المشاق الشديدة في استنساخهما حيث أن النسختين كانتا بالخط الحلي وهو من أصعب الخطوط المتداولة قراءة،وكان الفراغ منه في اليوم العاشر

من الرجب المرجب سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية على يد الفقير المحتاج السيد مهدي الرجائي عفي عن جرائمه في بلدة قم حرم أهل البيت عليهم السلام .

فهرس مطالب الكتاب